

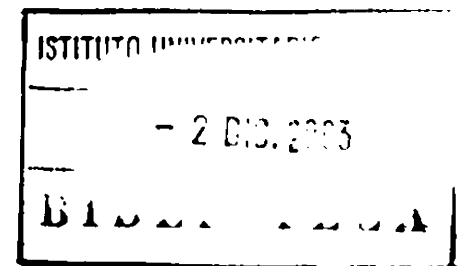


**INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPÉEN**

Département des Sciences Juridiques

**LA SOUVERAINETE PATRIMONIALE DE L'ETAT  
EN QUESTION**  
L'ÉVOLUTION DU RÔLE DE L'ÉTAT DANS LES SYSTÈMES JURIDIQUES  
FRANÇAIS ET ITALIEN DE PROTECTION DES BIENS CULTURELS

**Volume I**



Thèse soumise à l'appréciation du jury en vue de l'obtention du Doctorat en Droit  
de l'Institut Universitaire Européen  
par

**François LAFARGE**

IUE, Florence, décembre 2003

B/C →









INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPÉEN

Département des Sciences Juridiques

**LA SOUVERAINETE PATRIMONIALE DE L'ETAT  
EN QUESTION**  
**L'EVOLUTION DU ROLE DE L'ETAT DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES  
FRANÇAIS ET ITALIEN DE PROTECTION DES BIENS CULTURELS**

Thèse soumise à l'appréciation du jury en vue de l'obtention du Doctorat en Droit  
de l'Institut Universitaire Européen  
par

**François LAFARGE**

Jury

*Directeur de thèse*

**Monsieur Jacques ZILLER**

*Professeur à l'Institut Universitaire Européen de Florence*

*Codirecteur de thèse*

**Monsieur Mario P. CHITI**

*Professeur à l'Université de Florence*

*Suffragants*

**Monsieur Pierre-Laurent FRIER**

*Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

*Directeur de l'Ecole doctorale de droit public de l'Université Paris I*

**Monsieur Yves MENY**

*Professeur à l'Institut Universitaire Européen de Florence*

*Président de l'Institut Universitaire Européen de Florence*

IUE, Florence, décembre 2003

LAW  
KCKW9  
LAF

**Ce travail est dédié à celles et ceux qui y ont cru, il y en a eu,  
ainsi qu'à la mémoire de  
P. van Coppenolle,  
S. Dillmann,  
K. Mittendorfer,  
A. Savkov**



**Je remercie M. Abreu Pinto, S. Abouddrar, D. Alcaud, L. Azoulay, F. Bignami, I. Boucobza, L. Bouvet, A. Buccheri, A. Bulckaen, X. Carpentier, G. Capoccia, V. Charlety, E. Chiti, P.M. Chiti, C. Duard, S. Faro, P. Freis Gomes, E. Gobbini, S. Henette-Vachez, B. Huber, J. James, H. Lafarge, M. Lafarge, R. Lafarge, P. Laporte, D. Legh-Noble, M. Moreau, R. Moreau, S. Meloni, K. Muylle, P. Nastos, M. Parquet, C. Picchi, L. Quintano, C. Richmond, M. Rouyer, E. Ryon, K. Tsekouras, I. Sanza Gutierrez, F. Thauvin, I. Versos, J. Ziller et les personnels de la bibliothèque de l'Institut universitaire européen de Florence et de la bibliothèque de l'Université de Limoges (section droit).**



## INTRODUCTION

Cette introduction est organisée en trois parties. La première est consacrée à la formulation de l'objet de ce travail, la seconde a trait à la méthode qui a été employée pour le réaliser et la troisième présente la forme dans laquelle il a été réalisé, c'est-à-dire le plan.

En France et en Italie, du point de vue des droits positifs, la souveraineté appartient à la nation ou peuple. Parler de la souveraineté de l'Etat n'est possible qu'en tant que "raccourci", dès lors que, dans ces deux pays, l'Etat est l'organe qui agit au nom de peuple ou de la nation <sup>1</sup>.

La notion de souveraineté de l'Etat au sens qu'on vient de préciser a fait l'objet d'un grand nombre de définitions et de distinctions. Mais ce qui nous intéresse ici n'est qu'un aspect de cette souveraineté. Cet aspect est la capacité à dire le droit, à savoir la *juris dictio*. Comme l'a rappelé G. de Vergottini, « *un des aspects essentiels de la souveraineté consiste dans la capacité à produire des normes juridiques* » <sup>2</sup>. A la suite d'un phénomène lent mais continu de centralisation du droit, cette capacité est devenue une capacité totale dans le sens où la souveraineté juridique d'Etats tels que l'Etat français et l'Etat italien signifie que ces Etats disposent du monopole du droit, du monopole de la *juris dictio*. Cette situation a d'ailleurs été qualifiée d'étatisme juridique ou d'absolutisme juridique <sup>3</sup>.

Ce modèle, qui a longtemps été considéré comme le "modèle juridique classique", présentait deux éléments. Premièrement, l'Etat était l'unique source du droit. Deuxièmement, dans le cas du droit public dont le principal aspect est, en extrême synthèse, de permettre de contraindre les particuliers en fonction d'un but d'intérêt général, l'Etat était la seule instance

---

<sup>1</sup> Pour l'étude ce rapport en droit italien, TOSATO (E.), "Sovranità popolare e sovranità dello Stato", *RTDP*, 1957, 253.

<sup>2</sup> DE VERGOTTINI (G.), *Diritto costituzionale comparato*, 3a ed., 1991, 82.

<sup>3</sup> Par exemple par GROSSI (P.), "Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 29 (2000), Giuffrè, 2ss.

qui pouvait mettre en œuvre ce droit. Elle le mettait en œuvre selon des modalités claires et simples : le caractère unilatéral de l'action, la concentration des pouvoirs et l'absence de décentralisation.

Ce modèle juridique classique est entré en crise au moment même, où, avec des auteurs comme H. Kelsen, il atteignait une perfection théorique <sup>4</sup>. S. Romano a sans doute été l'un des premiers à percevoir les prémices de cette crise <sup>5</sup>. Le double monopole de l'Etat qui découlait de sa souveraineté juridique, est aujourd'hui mis en cause. Il est concurrencé par les droits communautaire et international, par les droits ou par les prétentions normatives régionales, par la reconnaissance généralisée non seulement d'un principe de subsidiarité verticale mais également de subsidiarité horizontale, et par les prétentions normatives d'organismes techniques. L'étude de la fin de ce modèle a été entamée depuis une dizaine d'années <sup>6</sup>.

L'objet de ce travail est d'appliquer la problématique générale de la 'crise', de la mise en cause de la *juris dictio* de l'Etat, à un domaine particulier, le droit des biens culturels. Il n'a rien d'original. Des travaux de ce genre ont déjà été réalisés, comme par exemple celui de S. Cassese dans son article intitulé "La fine della sovranità economica dello Stato" (La fin de la souveraineté économique de l'Etat) <sup>7</sup>.

Pour ce faire, à la notion de souveraineté qu'on a précédemment dégagée, on a associé le qualificatif patrimonial. Par patrimonial on entend ce qui a trait au patrimoine culturel, et donc au droit des biens culturels. La souveraineté patrimoniale de l'Etat se définit, se définissait, selon nous comme le double monopole de l'Etat au sein du système juridique de protection des biens culturels, et par système juridique on entend l'ensemble du droit applicable à une même matière, quelque soit l'origine de ce droit, monopole relatif part à l'adoption des règles dans la « matière biens culturels » et monopole relatif d'autre part à l'application de ces règles.

Deux raisons sont à l'origine du choix de ce droit : premièrement, le lien *a priori* naturel de ce droit avec l'Etat et deuxièmement, son caractère *a priori* clos.

<sup>4</sup> Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> ed., trad. C. Eisenman, Dalloz, 1962.

<sup>5</sup> Romano (S.), *L'ordre juridique*, [2<sup>e</sup> ed., Florence, 1946], Paris, Dalloz, 1975, trad. L. François et P. Gohot, Introduction P. Francescakis.

<sup>6</sup> Parmi des travaux de plus en plus abondants, en Italie, Pizzorusso (A.), "Pluralismo delle fonti interne e formazione di un sistema di fonti sovranazionali", in *Storia d'Italia, Annali 14 Legge Diritto Giustizia a cura di L. Violante*, Einaudi, 1998, 1129-1154 ; Cassese (S.) Guarino (G.), a cura di, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000 ; Cassese (S.), *La crisi dello Stato*, Laterza, 2001, 36-43 ; Cassese (S.), "Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo", *RTDP*, 2002, 27-40 et en France Larzul (T.), *Les mutations des sources du droit administratif*, Hermes, 1994 ; Chevallier (J.), "L'évolution du droit administratif", *RDP*, n° spécial, Les 40 ans de la V<sup>e</sup> République, 1998, 1794-1809 ; Marcou (G.) Sid, *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, 1995 ; Auby (J.-B.), "La bataille de San Romano", *AJDA*, 2001, 912-926 ;

<sup>7</sup> Cassese (S.), "La fine della sovranità economica dello Stato" in Cassese (S.) a cura di, *La crisi dello Stato*, op. cit.



Le droit des biens culturels semble 'naturellement' relever d'une compétence étatique exclusive. Selon la formule que J.M. Leniaud employait vis-à-vis de l'Etat français et qui peut être employée sans difficulté vis-à-vis de l'Etat italien, l'Etat a longtemps été « *l'unique médiateur du patrimoine* »<sup>8</sup>. Le 19<sup>e</sup> et le 20<sup>e</sup> siècles ont vu, dans de nombreux pays européens, mais de manière particulièrement nette en France et en Italie, la création d'un modèle de reconnaissance et de protection du patrimoine culturel qu'on peut qualifier de "modèle patrimonial classique". Ce modèle a certes été formé selon des présupposés différents et en passant par des étapes différentes dans les deux pays mais il repose toujours sur la même équation : patrimoine égale nation égale Etat. Selon cette équation, les biens composant le patrimoine ont été considérés comme les images, les représentations (symboliques) de la nation. Il était donc normal que l'entité la plus accréditée pour incarner la nation, à savoir l'Etat, devienne l'autorité chargée légitimement de définir les biens dignes de figurer parmi le patrimoine ainsi que leur régime. Par voie de conséquence, on pourrait penser que ce lien s'est traduit par un droit des biens culturels plus "étanche" que d'autres aux influences juridiques extérieures qui, de manière générale, mettent à mal la souveraineté juridique de l'Etat. En d'autres termes, la souveraineté patrimoniale de l'Etat semble être de nature à mieux résister aux forces juridiques centrifuges à l'œuvre depuis quelques décennies que bien d'autres domaines de la souveraineté juridique en général.

La seconde raison du choix du droit des biens culturels est que ce droit pouvait être considéré, du moins à l'époque où ce travail a été entrepris (c'est-à-dire, par coïncidence, juste avant les grandes réformes intervenues à partir de 1997) comme un droit doublement clos. Un droit tout d'abord clos dans le sens de la délimitation. En effet, il ne semble pas poser de problèmes majeurs de distinction avec d'autres droits. Un droit ensuite clos dans le sens où il n'avait pas encore été soumis à l'inflation législative que d'autres droits ont connu et connaissent. Les sources du droit des biens culturels étaient peu nombreuses aussi bien en Italie qu'en France : une grande loi séculaire dans chaque pays accompagnée de quelques autres lois satellites, leurs textes d'applications et de très rares conventions internationales. C'étaient donc des droits qu'on pouvait prétendre appréhender dans leur ensemble.

Quant au choix d'étudier ensemble l'Italie et la France, il ne devrait pas être plus justifié que les études qui ne portent que sur un seul système juridique ne sont justifiées. Si on veut néanmoins avancer une justification à la comparaison entreprise on dira que l'étude de l'évolution des sources de deux droits permet de voir se dégager avec plus de certitude les

---

<sup>8</sup> LENIAUD (J. M.), *L'utopie française. Essai sur le patrimoine*, Paris, 1992, *passim*.

tendances générales qui se dessinent que dans le cas de l'étude d'un seul droit qui ne renseigne que sur lui-même et qui interdit toute généralisation<sup>9</sup>.

La thèse qu'on veut défendre est double. Tout d'abord on voudrait démontrer que les atteintes récentes qui ont été portées par un ensemble hétérogène de forces juridiques disparates à la souveraineté patrimoniale atteignent également un droit aussi 'résistant' que le droit des biens culturels et modifie ses sources au détriment de l'exclusivité séculaire de l'Etat. La crise de l'Etat-nation entraîne la crise de tous les mécanismes où l'Etat agit en tant que seul représentant de la nation. L'équation ci-dessus est de moins en moins applicable et les deux monopoles sont remis en cause. Ensuite et surtout on cherchera à montrer que ces mises en cause se traduisent certes par des pertes de compétences juridiques mais surtout par une transformation des compétences qui, encore nombreuses, continuent à relever de l'Etat. Ce qui compte, à notre avis, dans l'évolution du rôle de l'Etat en tant que source juridique, c'est la transformation de la manière selon laquelle il dit le droit dans ce domaine et la transformation de la manière selon laquelle il l'applique. Il est presque mécaniquement forcé de s'adapter et de composer avec d'autres sources.

L'étude de cet objet nécessite une précision préalable ainsi que des remarques méthodologiques. La précision préalable est relative à l'angle d'approche qui a été privilégié. Cet angle découle selon nous logiquement de ce qui précède. D'une formule c'est l'étude des instances qui disent le droit et non pas le droit. Le travail entrepris ici est, pour reprendre l'expression de F. Rigaux, un travail portant sur la *syntaxe juridique*. Selon cet auteur, la syntaxe juridique désigne les « *règles sur les règles, (la) méthode apte à organiser le discours juridique, à articuler les unes aux autres les normes dont se compose un ordonnancement. En droit étatique, la syntaxe est l'œuvre de trois branches, le droit constitutionnel, le droit administratif et le droit judiciaire. Le premier détermine les modes de production de la loi et des sources du droit dérivé, il en fixe la hiérarchie (...). Le droit administratif règle le fonctionnement du pouvoir exécutif et de ses organes. Quant au droit judiciaire, il remplit une fonction analogue pour le fonctionnement des cours et tribunaux (...)* »<sup>10</sup>. En d'autres termes, et toujours selon le même auteur, la syntaxe, ce sont les « *conditions auxquelles s'énoncent les propositions juridiques contraignantes* ».

<sup>9</sup> CASSESE (S.), "Le problème de la convergence des droits administratifs. Vers un modèle administratif européen?", in AAVV, *L'Etat et le droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, 47.

<sup>10</sup> RIGAUX (F.), *La loi des juges*, O. Jacob, 1997, 154.

En conséquence, tout ce qui concerne le fond du droit, la définition des biens culturels, leur nature juridique, les régimes juridiques auxquels ils sont soumis, les restrictions apportées au droit de propriété ne sera pas abordé, ou plus exactement ne sera abordé que s'il implique des conséquences sur la manière de formuler le droit sur ce "dire le droit". On ne compare pas deux régimes de protection. On compare le rôle d'un acteur, l'Etat, dans les régimes de protection. Les régimes de protection ne seront abordés et donc comparés qu'en tant qu'ils permettent de percevoir ce rôle. L'orientation du sujet conduit à ne pas approfondir plus qu'il ne sera nécessaire la notion de bien culturel (objets d'art, patrimoine culturel, patrimoine, ...). Assez floue, disons difficilement saisissable, en constante évolution, cette notion est bien au cœur de notre étude mais elle n'en est pas l'objet. C'est ainsi que, par convention, ce qu'on appelle bien culturel est l'objet sur lequel porte toutes les lois patrimoniales françaises et italiennes, y compris même les lois antérieures à la réception de cette expression dans le droit en vigueur (loi italienne de 1909 et de 1939) et même les lois qui utilisent d'autres expressions (comme la loi française de 1913 qui parle de monuments historiques pour désigner à la fois les immeubles et les meubles protégés). L'expression patrimoine culturel est également parfois utilisée. Elle a pour nous le même sens que l'expression biens culturels <sup>11</sup>.

L'étude de cet objet à travers deux cas, le cas italien et le cas français appelle des remarques de méthode <sup>12 13</sup>. Les recherches portant sur un droit national, ou même sur un droit non national mais homogène comme par exemple le droit international, le droit communautaire, se passent souvent, et à juste titre, d'une définition des "choses premières" du droit en question, à moins que ces recherches ne portent précisément sur une clarification de ces choses. Elles sont donc considérées soit comme des notions ayant fait l'objet d'une définition satisfaisante, bien que toujours perfectible, soit comme des axiomes, c'est-à-dire comme des « *vérités indémontrables mais évidentes pour quiconque en comprend le sens (principe premier) et considérées comme universelles* » <sup>14</sup>. En ce sens, la recherche qui se

<sup>11</sup> Une autre convention sera utilisée dans ce travail. On emploiera le mot instance pour désigner tout groupement organisé différent de l'Etat. Le mot est d'usage courant par exemple dans l'expression instances internationales.

<sup>12</sup> BELL (J.), "Comparing Public law" in HARDING (A.) ÖROCU (E.) ed., *Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century*, Kluwer Law International, 2002, 235-247 ; CHITI (M.P.), "Diritto amministrativo comparato", DDP, t. V, Utet, 2006 ; GORLA (G.), "Diritto comparato e straniero", *Enc. giur.*, 1989 ; LEGRAND (P.), *Le droit comparé*, PUF, 1999 ; MARKESINIS (B. S.), "The Destructive and Constructive Role of the Comparative Lawyer", *Rabels Zeitschrift*, (57), 1993, 438-448 ; MERRYMAN (J.H.), "The Loneliness of the Comparative Lawyer" in MERRYMAN (J.H.), *The Loneliness of the Comparative Lawyer*, Kluwer, 1999, 1-12 ; PIZZORUSSO (A.), "La comparazione giuridica e il diritto pubblico", in SACCO (R.) a cura di, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Guiffirè, 1980, 59 ; SACCO (R.), "Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo", in SACCO (R.) a cura di, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, op. cit., 241.

<sup>13</sup> Toutes les traductions de l'italien ont été effectuées par l'auteur. La version originale des textes traduits n'a pas été reproduite pour des raisons d'espace.

<sup>14</sup> Définition donnée par le dictionnaire *Le Robert*.

déroule au sein d'un même ordre juridique se situe donc bien au point d'équilibre, mis en évidence par B. Pascal, « *afin de rendre les démonstrations convaincantes* », entre d'une part « *les choses claires et constantes par la lumière naturelle* », qui peuvent ne pas être définies car « *entendues de tous* » <sup>15</sup> et d'autre part toutes les autres qui, elles, doivent être définies. Par exemple il est tout à fait possible d'utiliser dans un travail de droit public français les termes de service public, de puissance publique, d'intérêt public ou de pouvoir discrétionnaire sans définition préalable ou d'utiliser une définition convenue, du moment que le travail ne porte pas sur les concepts qu'appellent ces termes, car on suppose toujours que « (...) *ces termes désignent (...) naturellement les choses qu'ils signifient à ceux qui entendent la langue (...)* » <sup>16</sup>. Il en va de même pour tout travail de droit public italien ou de droit public communautaire.

Cette utilisation n'est plus possible dès lors que l'"objet droit" étudié n'est plus homogène. L'introduction d'une comparaison entre au moins deux ordres juridiques différents modifie le point d'équilibre méthodologique. Ce que B. Pascal a souligné, en général, en exprimant « *combien il y (avait) de différence entre deux mots semblables selon les lieux et les circonstances qui les accompagnent* » <sup>17</sup>, trouve un écho tout particulier dans le domaine juridique où selon F. Rigaux « *chaque ordonnancement juridique fonctionne en vase clos, fixant lui-même, et pour lui seul, les critères de la juridicité* » <sup>18</sup>. La syntaxe juridique évoquée par F. Rigaux « *représente ce qu'il y a de plus juridique, mais aussi de plus particulier, ce qui distingue le plus profondément chaque ordre juridique de tous les autres. Se trouve confirmée une vérité commune du droit comparé, à savoir que le droit administratif, le droit judiciaire et une partie du droit constitutionnel dénotent beaucoup mieux que les règles de droit matériel (...) les facteurs d'originalité d'un système juridique* » <sup>19</sup>. En conséquence, la règle de l'évidence sur laquelle repose le recours aux axiomes « *ne demander en axiome que des choses parfaitement évidentes* », n'est plus applicable <sup>20</sup>. Toutefois, on veut croire à « *ce mystérieux postulat qui est commun au droit comparé et au droit international privé (...), la communicabilité des systèmes juridiques* » dont parle F. Rigaux <sup>21</sup>. Il est donc nécessaire de « remonter » d'un cran dans l'obligation de démontrer et de définir les choses premières des droits qu'on étudie, d'expliquer les écarts, ou les similitudes, entre les systèmes, d'expliquer

<sup>15</sup> PASCAL (B.), "De l'esprit géométrique" in *Lettres écrites à un Provincial. Les Opuscules*, 133.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 133.

<sup>17</sup> *Id.*

<sup>18</sup> RIGAUX (F.), *La loi des juges*, op. cit., 155.

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> PASCAL (B.), "De l'esprit géométrique", op. cit., 154 et 153.

<sup>21</sup> RIGAUX (F.), *La loi des juges*, op. cit., 152.

des choses évidentes ou considérées comme données dans les droits nationaux, en d'autres termes de parvenir à un dénominateur commun, du moins tant qu'on ne se heurte pas à un élément irréductible à un seul droit <sup>22</sup>.

Or, les deux systèmes juridiques de protection des biens culturels reposent expressément sur l'*intérêt public* (article 1 de la loi française de 1913 et article 2 du texte unique italien de 1999). Selon nous, c'est ce fondement commun qui doit être au cœur de la comparaison envisagée. C'est la chose première et évidente dans chacun des droits mais qui perd son évidence dès lors qu'elle est exposée hors de l'abri du contexte national. Notre objet doit donc être précisé en fonction de cette nécessité inhérente à la comparaison. Il est l'évolution du rôle de l'Etat en tant qu'instance chargée de dire l'intérêt public en matière de biens culturels.

Le plan selon lequel ce travail a été organisé découle, selon nous logiquement, de l'objet tel qu'il a été défini, de l'angle d'approche choisi pour son étude et des remarques méthodologiques qu'on vient d'exposer.

La notion d'intérêt public, notion pivot autour de laquelle on organise ce travail doit faire l'objet d'une étude comparée entre la France et l'Italie à titre de préalable indispensable. Cela sera l'objet du chapitre préliminaire.

Ensuite, deux grandes parties seront distinguées. La première est consacrée à la mise en cause de l'exclusivité de l'Etat relative à l'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels. La seconde partie est consacrée à la mise en cause de l'exclusivité de l'Etat relative à la détermination concrète de ce même intérêt public en matière de biens culturels. On pourrait objecter à cette distinction qu'elle brise ce qui devrait être étudié comme un tout et qu'il aurait été préférable de suivre l'évolution en distinguant l'exclusivité, la remise en cause et la réaction. On répondra que les compétences d'application des normes et les compétences normatives suivent désormais chacune des voies propres. La compétence normative n'entraîne plus automatiquement la compétence d'application des normes. On aura l'occasion de le constater tout au long des développements qui suivent.

Chacune de ces deux grandes parties est subdivisée en trois sous-parties, qui prennent la forme de titres. Chaque titre correspond à un mouvement particulier de l'évolution du rôle de l'Etat, soit en matière d'identification abstraite, soit en matière de détermination concrète.

---

<sup>22</sup> On garde néanmoins à l'esprit la remarque amusée que J. Gracq fit à propos des comparatistes, « *perceurs de frontières, qui jettent des ponts entre des rives qui séculairement s'ignorent - même si c'est parfois plutôt pour la perspective que pour la circulation* », GRACQ (J.), *Lettrines*, José Corti, 1967, 154. Elle concernait les spécialistes d'études littéraires mais elle s'applique également très bien aux juristes.

Le premier titre est consacré à l'analyse des situations d'exclusivité. C'est, si on veut, la thèse (au sens de la dialectique). Il sera l'occasion du nécessaire cadrage en termes d'histoire, de théorie générale et plus généralement de contexte que requiert la comparaison. Le deuxième mouvement porte sur l'étude de la mise en cause des exclusivités qui interviennent dans les années 1980 et dans les années 1990, leurs origines et leurs effets (antithèse). Le troisième mouvement a pour objet d'analyser les réactions de l'Etat face aux atteintes dont ses exclusivités font l'objet. Il tente d'une part de réaffirmer son exclusivité par d'autres moyens, mais surtout il transforme l'exercice des compétences qu'il conserve (synthèse).

Sommairement le plan suivi sera donc le suivant :

## **Chapitre Préliminaire**

### **"l'intérêt général" en droit français et en droit italien**

#### **Première partie**

##### **L'exclusivité de l'Etat en matière d'identification abstraite de l'intérêt public relatif aux biens culturels en question**

Titre I L'exclusivité de l'Etat en matière d'identification abstraite de l'intérêt public relatif aux biens culturels

Titre II La mise en cause de l'exclusivité de l'Etat quant à l'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels

Titre III Les réactions de l'Etat

#### **Deuxième partie**

##### **L'exclusivité de l'Etat en matière de détermination concrète de l'intérêt public relatif aux biens culturels en question**

Titre I L'exclusivité de l'Etat en matière de détermination concrète de l'intérêt public relatif aux biens culturels

Titre II L'érosion de l'exclusivité de l'Etat en matière de détermination concrète de l'intérêt public relatif aux biens culturels

Titre III Les réactions de l'Etat : la transformation de son exclusivité en matière de détermination concrète de l'intérêt public relatif aux biens culturels

## CHAPITRE PRELIMINAIRE

### "L'INTERET GENERAL" EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT ITALIEN

Les développements de ce chapitre ont un caractère instrumental. Ils n'ont pas pour objet une étude comparative de la notion d'intérêt général en droit italien et en droit français. Ils ne font qu'office de préalable nécessaire aux chapitres suivants. Cet *a priori* méthodologique nous permet de ne pas entrer dans les détails de la notion d'intérêt général et de ses conséquences ou plus exactement il nous permet d'entrer dans les seuls détails qui présentent une utilité pour la suite.

Il existe une différence de nature fondamentale entre la conception française de l'intérêt général et la conception italienne (section 1). Cette différence entraîne de profondes conséquences sur la reconnaissance des intérêts publics en général (section 2).

#### Section 1 La différence entre la notion française de l'intérêt général et la notion italienne

L'intérêt général étant à l'origine de l'intérêt général en science politique (§ 1) avant de passer à l'étude de la apparu comme une notion politique, il est nécessaire de dresser un rapide tableau des conceptions réception de cette notion dans le champ juridique en France (§ 2) et en Italie (§ 3).

##### *§ 1 Les conceptions de l'intérêt général en science politique*

###### A. Apparition de la notion d'intérêt général

Il n'est plus possible d'envisager une étude, aussi sommaire soit-elle, de la notion d'intérêt général sans faire référence au livre d'A. O. Hirschman *Les passions et les intérêts* qui a très profondément renouvelé l'approche de la notion d'intérêt tout court <sup>1</sup>.

Cet auteur avance qu'à la suite d'une série d'événements relevant aussi bien de l'histoire (les guerres religieuses du XVI<sup>e</sup> siècle) que de l'histoire des idées (l'homme considéré non plus comme il devrait être mais comme il est par, entre autres, Machiavel, Hobbes et les moralistes français du XVII<sup>e</sup> siècle), il n'était plus possible de « *s'en remettre aux préceptes moralisateurs des philosophes ou aux commandements de la religion pour*

---

<sup>1</sup> HIRSCHMAN (A. O.), *Les passions et les intérêts*, [1977], trad. fr. P. Andler, Paris, PUF, 2001.



*contenir les passions destructrices de l'homme* »<sup>2</sup>. La seule solution réaliste envisagée fut alors de « *se servir d'un groupe de passions relativement inoffensives pour en contrebalancer d'autres, plus dangereuses et plus destructrices* »<sup>3</sup>. L'appât du gain, la recherche de l'abondance, « *l'obtention d'un avantage particulier et matériel* »<sup>4</sup> furent érigés en *passion compensatrice* en gommant tout ce qu'ils avaient eu de péjoratif auparavant (aussi bien du point de vue religieux qui ne plaçait le prêt à intérêt qu'entre le toléré et le condamnable que du point de vue social puisqu'un noble qui se livrait au commerce dérogeait à son rang). Ils prirent le nom d'intérêt ou intérêt de bien et acquirent un statut de respectabilité et de nouvelle norme sociale. J. Chevallier a souligné combien l'intérêt au sens moderne progressait parallèlement au règne de la raison : « (...)marquant un changement profond dans la nature du lien social, la substitution du langage des « intérêts » à celui des « passions » signifie l'entrée des sociétés dans l'ordre de la Raison ; et la généralité d'emploi du concept n'est que l'indice de la diffusion de ce système de valeur à tous les niveaux de l'organisation sociale »<sup>5</sup>. J.-J. Rousseau dira pour sa part que l'intérêt individuel apparaît lorsque l'amour propre (sentiment qui naît de la comparaison avec les autres) investit un objet réel, un bien, une propriété<sup>6</sup>.

Cette conception moderne de l'intérêt privé, c'est-à-dire de l'intérêt propre à l'individu est directement liée à l'apparition de la conception elle aussi moderne de l'intérêt général, au point que la seconde n'aurait pas pu voir le jour sans la première. La matérialisation de l'intérêt individuel a en effet permis, selon L. Ornaghi et S. Cotellessa, « *l'invention d'un des plus extraordinaires et controversés arguments de la pensée politique moderne : l'intérêt général* »<sup>7</sup>. L'intérêt général moderne ne peut pas s'analyser comme l'héritier de l'intérêt du prince ou de la raison d'Etat de l'Ancien régime. A partir du moment où l'existence de l'intérêt individuel est reconnue et où sa recherche est légitime, les démarches des individus deviennent au mieux centripètes, au pire égoïstes. La question, qui d'économique devient politique, se pose alors du maintien de la cohérence sociale entre ces individus, et au-delà de la cohérence sociale, de l'existence de la société dans son ensemble. On peut regrouper sous l'expression d'intérêt général l'ensemble des solutions proposées par différents courants de la

---

<sup>2</sup> HIRSCHMAN (A. O.), *op. cit.*, 18.

<sup>3</sup> HIRSCHMAN (A. O.), *op. cit.*, 24.

<sup>4</sup> ORNAGHI (L.), COTELLESA (S.), *Interesse*, Bologna, il Mulino, 2000, 60.

<sup>5</sup> CHEVALLIER (J.), "Le concept d'intérêt en science administrative", in GERARD (P.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) ed., *Droit et intérêt. Vol. I: approche interdisciplinaire*, Publication des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1990, 135-163, 135-136.

<sup>6</sup> ROUSSEAU (J.-J.), *Contrat social*, L. I, chapitre 4.

<sup>7</sup> ORNAGHI (L.), COTELLESA (S.), *Interesse*, *ibid.*

philosophie politique pour maintenir au moins une cohabitation minimum entre les individus et permettre la survie et le développement de la *polis*. Dans ce contexte, le mot *intérêt* de l'expression *intérêt général* retrouve son sens étymologique latin *inter essere*, ce qui est entre. L'intérêt général qui relie les hommes constitue le socle d'une vie en commun. En pratique, son élaboration devient d'autant plus urgente qu'à la suite de la Révolution française tous les acteurs politiques qui avaient pu fonder et garantir la société, le roi de droit divin attributaire de toute souveraineté et tous les groupes ou organisations qui retenaient et cristallisaient de l'intérêt autour d'eux, ont été balayés ou du moins remis fortement en question. Le décret révolutionnaire du 22 novembre - 1<sup>o</sup> décembre 1790 déclara, avec une portée qui dépassait de très loin son objet (l'abolition du principe de l'inaliénabilité du domaine) qu'« *il est de la dignité d'une grande nation et du devoir de ses représentants (...) d'établir des règles fixes, propres à concilier l'intérêt national avec celui de chaque citoyen* »<sup>8</sup>.

## **B. La conjonction des intérêts particuliers et de l'intérêt général**

A partir de cette situation, le nœud gordien de toutes les réflexions va être celui de la conjonction des intérêts individuels avec l'intérêt général quelle que soit la personne politique à qui il est attribué. Malgré les risques de simplification arbitraire on regroupera toutes les différentes tendances en deux grandes approches : l'approche utilitariste et l'approche volontariste.

### **1) L'approche utilitariste**

L'approche utilitariste, encore qualifiée de libérale ou de pragmatique, est née avec des penseurs comme Mandeville, Turgot, Smith et Bentham. Elle s'inscrit dans le droit fil des philosophies qui proclamaient la légitimité de la poursuite de l'intérêt personnel matériel. Selon elle, il existe une harmonie naturelle des intérêts individuels. Leur recherche garantit un avantage réciproque pour toute la collectivité. L'intérêt général est immanent aux intérêts individuels dont il découle naturellement. Selon le philosophe anglais Bentham « *(L)a communauté est un corps fictif composé de personnes individuelles qui sont considérés*

---

<sup>8</sup> Cité in DEBBASCH (P.), PINET (M.), *Les grandes textes du droit administratif*, Sirey, 1970, 241.

(comme si ils) étaient ses membres. L'intérêt de la communauté quel est-il donc ? La somme des intérêts des membres qui la composent »<sup>9</sup>.

## 2) L'approche volontariste

La seconde approche est dite volontariste (ou rationnelle). Selon elle, la poursuite des intérêts particuliers, dont l'existence est constatée pour être aussitôt déplorée, n'assure aucunement l'intérêt général. Dans le *Manuscrit de Genève*, la première version du *Contrat social*, J.J. Rousseau estime en effet que « l'intérêt particulier et le bien général ne vont pas d'accord, au contraire, dans l'ordre naturel des choses ils s'excluent réciproquement, et les lois sociales sont un joug que chacun impose volontiers aux autres, sans vouloir l'accepter pour soi »<sup>10</sup>. Puisque les hommes ne sont pas naturellement portés à s'entendre, l'intérêt général devra donc être créé artificiellement. C'est l'affaire d'une volonté, contraire à l'ordre (ou à la tendance) naturelle des rapports humains, qui se noue dans un contrat car « pour unir les hommes, il faut transformer leurs volontés particulières en une volonté générale. L'instrument de cette union est un contrat social »<sup>11</sup>. L'union par le contrat débouche sur une société qui est quelque chose de plus que la simple agrégation de ses membres. C'est une nouvelle personne politique qui a pour objet l'intérêt commun, l'intérêt général. Mais de même que la société est plus que l'addition de ses membres, l'intérêt général qu'elle poursuit est plus que la somme des intérêts individuels, c'est l'intérêt propre, spécifique à la société. Il y aurait donc une *substance* de l'intérêt général. Ce n'est ni la somme ni la fusion des intérêts individuels des différents membres mais « une « objectivisation » qui s'enracine dans la personification d'une entité abstraite »<sup>12</sup>. Pour Rousseau cette entité abstraite est la société, pour Sieyès il s'agit de la nation, pour Hegel enfin se sera l'Etat.

Ce préalable indispensable ayant été posé, il reste désormais à nous pencher sur la question de la réception de la (des) conception(s) de l'intérêt général selon la science politique dans les sciences juridiques des deux pays. Ce faisant, on touche, comme on va le voir à une *suma divisio*, dont on ignorait l'existence entre la France et l'Italie avant d'entamer cette étude. En France l'intérêt général est une notion juridique, en Italie, comme sans doute dans d'autres pays tels que l'Allemagne et l'Espagne, ce n'en est pas une.

---

<sup>9</sup> BENTHAM (J.), *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, [1789], Oxford, 1960, 126.

<sup>10</sup> ROUSSEAU (J.J.), "Manuscrit de Genève", livre I, chapitre II, *Oeuvres complètes*, B. Gagnebin et Raymond (M.), Paris, Gallimard, 1964, vol. III.

<sup>11</sup> CONSEIL D'ETAT, "Réflexions sur l'intérêt général", in CONSEIL D'ETAT, *Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, La Documentation française, 1999, 245-358, 258.

<sup>12</sup> ORNAGHI (L.), COTELLESA (S.), *Interesse*, op. cit., 9.

## § 2 Le « réalisme » de la conception française de l'intérêt général

### A. La réception de la conception volontariste de l'intérêt général en droit français

En France, la Révolution a opté sans partage pour la conception volontariste, rousseauiste, de l'intérêt général. Aujourd'hui, bien qu'ayant été entourée de précautions et pondérée par un intérêt renouvelé pour l'approche libérale, elle irrigue encore l'organisation des pouvoirs publics et des rapports de ces mêmes pouvoirs avec la société. L'imprégnation est telle que l'intérêt général a sécrété une véritable "idéologie", idéologie au sens de système relativement cohérent de représentation de la société politique, et que cette idéologie lui a fait épouser de très près la philosophie et les structures de l'action publique.

Selon la doctrine "officielle" de droit public français, celle que délivre le Conseil d'Etat dans ses rapports annuels, les *Etudes et Documents* : « (...) il est incontestable que l'intérêt général ne se réduit pas à une simple tentative de « justification idéologique » des politiques publiques, mais qu'il s'agit d'une véritable notion juridique, c'est-à-dire du point de rencontre entre une réalité sociale et un régime juridique »<sup>13</sup>.

Cependant la conception que livrait la science politique de l'intérêt général a été traduite en droit sans avoir fait l'objet d'aucune inculturation dans le monde juridique. La traduction a été brutale, littérale, à vrai dire plus un décalquage ou une infusion qu'une traduction. Une distinction claire entre la conception relevant de la science politique et la conception juridique de l'intérêt général est certes maintenue<sup>14</sup>, mais la seconde n'est que l'expression de la première dans un contexte nouveau : le contexte juridique. Le droit public lui a immédiatement accordé la même place que celle qu'elle occupait dans la pensée politique : la clé de voûte. Ce caractère central est un postulat qui est énoncé aussi bien par le Conseil d'Etat que par la doctrine. Pour le premier, le numéro précité d'*Etudes et documents* consacré à l'intérêt général commence de manière révélatrice par l'affirmation selon laquelle « l'intérêt général est regardé à bon droit comme la pierre angulaire de l'action publique dont il détermine la finalité et fonde la légitimité »<sup>15</sup>. Pour la seconde, à savoir les auteurs au sens classique, il y a également unanimité sur ce point. J.-M. Pontier écrit par exemple qu'« [O]n voit mal comment on pourrait penser le droit administratif sans faire référence à l'intérêt général qui en est en quelque sorte 'l'alpha et l'oméga' »<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> "Réflexions sur l'intérêt général", *ref. cit.*, 271.

<sup>14</sup> Comme par exemple VEDEL (G.), DELVOLE (P.), *Droit administratif*, Paris, PUF, 1988, 429.

<sup>15</sup> CONSEIL D'ETAT, "Réflexions sur l'intérêt général", *art. cit.*

<sup>16</sup> PONTIER (J.-M.), "L'intérêt général existe-t-il encore ?", *Dalloz*, 1998, 327-333, 327.

## B. La conception juridique substantielle de l'intérêt général

### 1) La force normative de l'intérêt général

La notion juridique de l'intérêt général tire de son héritage volontariste (l'intérêt de la société est différent des intérêts des membres de cette société et tout en les englobant, il les dépasse) et de son ascendance politique directe (le but de la politique est la formulation et l'application de l'intérêt général) trois caractéristiques qui se déduisent successivement l'une de l'autre. Premièrement, l'existence d'un intérêt de la société en soi, d'un intérêt propre, fait que derrière le mot intérêt général se profile une « réalité » : un concept de l'intérêt général, élaboré par la raison selon un processus d'abstraction. C'est en ce sens que l'intérêt général peut être qualifié de substantiel. Deuxièmement, cette réalité est une donnée *a priori* du système juridique qui n'a donc besoin que de recevoir une formulation. Troisièmement, l'intérêt général est indéterminé. L'indétermination signifie que ce qui importe n'est pas son contenu mais sa fonction, autrement dit son rôle dans le système juridique. D. Truchet avait bien vu cet aspect dans sa thèse consacrée aux *Fonctions de la notion d'intérêt général* <sup>17</sup>. Cette fonction quelle est-elle ? Elle découle des trois caractéristiques précédentes. Elle consiste dans l'expression ou dans la justification « de » la légalité. On appellera force normative de l'intérêt général cette expression de la légalité. Théoriquement la force normative de l'intérêt général ne devrait s'exprimer que par la loi. Mais l'examen du droit positif débouche sur la constatation qu'elle s'exprime également en dehors de la loi.

### 2) L'expression de la force normative de l'intérêt général par la loi

En vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 la loi qui est « *l'expression de la volonté générale* » est la plus légitime des sources juridiques à formuler l'intérêt général. On ne reviendra pas sur les vicissitudes de la loi dans l'ordre juridique français, le légicentrisme de la III<sup>e</sup> République, le déclin de la loi au début de la V<sup>e</sup> République, le relatif renouveau de la loi dans les années 1990 <sup>18</sup>, il n'en demeure pas moins que « *la définition de l'intérêt général relève bien, selon la théorie rousseauiste de la compétence propre du législateur* » <sup>19</sup>.

Examinons de quelle manière l'intérêt général est exprimé par la loi. En apparence, les choses sont simples. La loi déclare, formule ce qui, dans le domaine auquel elle s'attache,

---

<sup>17</sup> TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977, 287.

<sup>18</sup> MATHIEU (B.), *La loi*, Dalloz, 1996. POULET-GIBOT LECLERC (N.), *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, PUF, 1992.

<sup>19</sup> CONSEIL D'ETAT, "Réflexions sur l'intérêt général", *art. cit.*, 286.

constitue l'intérêt général. Elle lie à cette déclaration des effets de droit en créant un régime juridique *ad hoc*, au sein duquel elle dote l'administration de pouvoirs visant à faire respecter l'intérêt général vis-à-vis des autres intérêts (action unilatérale, pouvoir de contrainte). Il suffit de parcourir les recueils de lois pour constater que les exemples de droit positif de ces expressions sont extrêmement nombreux au point que chaque loi ou presque est un exemple. Parfois la loi emploie explicitement l'expression intérêt général ou intérêt public. La loi du 31 décembre 1913 déclare que la conservation des monuments historiques est d'« *intérêt public* », dès son premier article (« *les immeubles dont la conservation présentent, du point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt public (...)* ») et en de nombreux autres articles. La loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature (article L. 200-1 du Code rural) déclare que « *la protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent, et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général* ». Souvent la référence à l'intérêt général ou public n'est qu'implicite<sup>20</sup>. L'article 1 de l'ordonnance du 6 janvier 1959 relative aux réquisitions de biens et de services est ainsi rédigée « *La fourniture des prestations de biens et de services, nécessaires pour assurer les besoins du pays dans les cas prévus par la loi, peut être obtenue soit par accord amiable soit par réquisition (...)* ».

L'analyse de ces exemples nous apporte une précision supplémentaire, celle du caractère démultiplié de l'intérêt général. La doctrine française a reconnu, et depuis fort longtemps, le caractère démultiplié de l'intérêt général et partant l'existence d'intérêts publics partiels. Aucoc parle ainsi souvent d'intérêts publics ou généraux au pluriel<sup>21</sup>. Mais cette démultiplication est jugée parfois « *déroutante* »<sup>22</sup> et la doctrine n'arrive pas complètement à l'intégrer dans une approche globale de la notion d'intérêt général. Un raccord entre la théorie de l'intérêt général unitaire et la constatation de l'existence d'intérêts publics spécialisés a été opéré par la doctrine qui parle de qualification ou de caractérisation de l'intérêt général. L'intérêt général *en matière de* quelque chose se distingue de l'intérêt général *en général* par une opération de caractérisation, d'attribution d'un sens précis en fonction d'un domaine particulier. Pour F. Rangeon, l'intérêt général est une « *norme mouvante [qui] n'acquiert un*

---

<sup>20</sup> Voir, pour un autre exemple de référence implicite, l'article 1 de la loi n°76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

<sup>21</sup> AUCOC (G.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 1869, 11 et 14.

<sup>22</sup> LINOTTE (D.), *Recherche sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Bordeaux I, 1975, 363.

*sens précis que dans le contexte d'une situation particulière* » <sup>23</sup>. Dans le cas précis de la protection des biens culturels J.-M. Pontier estime que « *l'intérêt public en tout état de cause est une notion insuffisamment caractérisée pour suffire à prendre en considération l'oeuvre d'art* » <sup>24</sup>. L'opération de caractérisation a lieu par l'introduction de divers critères (critères matériels, critères de fond, ...) qui viennent préciser l'intérêt général. Cette explication analyse parfaitement la réalité juridique que nous étudions. Elle présente un tel degré d'évidence qu'elle ne saurait être mise en cause.

Cela n'empêche pas qu'il subsiste en France une difficulté à penser l'intérêt général tel qu'il est, c'est-à-dire démultiplié, en dehors du cadre unitaire qui provient de la notion théorique et classique d'intérêt général ... en général. Deux exemples illustrent cette difficulté.

Le premier exemple a trait au vocabulaire employé. Les expressions intérêt général et intérêt public sont, à notre avis erronément, considérées et employées comme équivalentes aussi bien par le législateur (on l'a vu dans les exemples précédents) que par le juge ou par les auteurs. D. Truchet fait état de cette différence « *le bon sens suggère que l'intérêt général est supérieur et indivisible, l'intérêt public partiel et contingent : on pourrait comparer des intérêts publics entre eux, mais non des intérêts généraux* » mais sans estimer que les deux expressions puissent être retenues comme étant différentes. Cet auteur suit le juge administratif qui utilise indifféremment les deux expressions pour parler de la même chose <sup>25</sup>. D. Linotte évoque les « *aspects différents de l'intérêt général* » et souligne le *pluralisme* de la notion <sup>26</sup>. Le Conseil d'Etat, pour exprimer le caractère démultiplié de l'intérêt général sans tomber dans le pluralisme du nominalisme parle de « *finalités d'intérêt général* » <sup>27</sup>.

L'autre exemple, encore plus probant à notre avis, est celui du rapport entre la notion de police administrative générale et la notion de police administrative spéciale. L'expression législative de l'intérêt général advient par la reconnaissance d'intérêts publics sectoriels qui sont, en quelque sorte, les grands absents de la conception française théorique de l'intérêt général. Aussi plutôt que de parler d'intérêts publics sectoriels ou spéciaux ou individualisés le droit français passe par la notion de police spéciale. Or, la doctrine française majoritaire ne considère pas les polices spéciales en elles-mêmes. Elle les définit seulement par rapport à la police générale qui, selon J. Rivero et J. Waline, est l'ensemble des compétences et des

---

<sup>23</sup> RANGERON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986, 21.

<sup>24</sup> PONTIER (J.-M.), "La notion d'oeuvre d'art", *RDP*, 1990, 1403-1437, 1428.

<sup>25</sup> TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général*, *op. cit.*, 278.

<sup>26</sup> LINOTTE (D.), *Recherche sur la notion d'intérêt général* *op. cit.*, 360 ss.

<sup>27</sup> CONSEIL D'ETAT, "Réflexions sur l'intérêt général", *art. cit.*, 286-287.

moyens d'action attribués à une autorité dans un but de maintien de l'ordre public <sup>28</sup>. La distinction est, il est vrai, objectivement difficile car de nombreux éléments du régime de la police administrative générale et des polices spéciales sont communs : le plus évident étant leurs effets limitatifs sur les libertés. Pour J. Moreau, « *les polices spéciales ne sont qu'une variété de la police générale* » <sup>29</sup>. Pour R. Chapus, la police spéciale se définit par rapport à la police générale soit par l'attribution de compétence de police générale à une autorité différente de celle qui serait normalement compétente soit par le fait que, contrairement à la plupart des précédentes, elles ont (en tout ou partie) une finalité différente de celle de la police générale ou une finalité propre <sup>30</sup>. Pour A. de Laubadère, les polices spéciales ont un objet autre que la sécurité, la tranquillité et la salubrité qui caractérisent l'ordre public et donc la police administrative générale <sup>31</sup>. Pour G. Vedel et P. Delvolvé, les polices spéciales ont un objet qui ne figure pas dans celui de la police générale <sup>32</sup>. Les auteurs qui suivent la doctrine majoritaire maintiendraient de la sorte l'unité et la cohérence théorique du système. Ils tentent de réduire l'exubérance du législateur (plus de 150 polices spéciales ont été dénombrées) et les risques centripètes que font courir pour l'unité de la notion d'intérêt général l'existence des intérêts publics spécialisés en ne permettant à ces derniers que de se glisser masqués dans le système juridique. Les intérêts publics spécialisés sont plus tolérés que reconnus par ces théoriciens du droit.

Toutefois, à côté de ce fort courant doctrinal quelques auteurs soutiennent que les polices spéciales se définissent indépendamment de la police générale. Cette position peut être interprétée comme un début de reconnaissance explicite des intérêts publics au pluriel en tant que tels. C. Buniet estime que le régime contentieux des polices spéciales, qui s'éloigne de plus en plus nettement du régime contentieux de la police générale confère à ces polices une place originale ainsi qu'une certaine autonomie <sup>33</sup>. L'analyse d'E. Picard va dans le même sens, tout en étant d'une toute autre portée. En étudiant *la notion de police administrative*, cet auteur aboutit à une séparation nette entre la notion de police générale et la notion de police administrative spéciale dont il situe l'origine dans les fondements mêmes de la société libérale. Chaque type de police repose sur un ordre public qui lui est propre. La police générale, « norme de nécessité » selon E. Picard, chargée d'assurer l'ordre public minimum,

<sup>28</sup> RIVERO (J.), WALINE (J.), *Droit administratif*, 15<sup>e</sup> ed., 1994, 337.

<sup>29</sup> MOREAU (J.), "Police administrative. Théorie générale", *JurisClasseur*, 1993-1994,

<sup>30</sup> CHAPUS (R.), *Droit administratif*, 1993, t. 1, 513.

<sup>31</sup> LAUBADERE (A. DE), VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, LGDJ, t.1, 1999, 94.

<sup>32</sup> VEDEL (G.) DELVOLVÉ (P.), *Droit administratif*, PUF, 1988, 1062. En outre, MAILLARD DESGREES DU LOU (D.), *Police générale, polices spéciales (Essai sur la spécificité des polices générale et spéciale)*, thèse Rennes, 1988.

<sup>33</sup> BUNIET (C.), "Contribution à l'étude du régime contentieux des polices administratives spéciales", *RDP*, 1981, 1017.



ne repose que sur des normes d'habilitations vagues, peu ou pas formalisées (et qui autorisent une mise en œuvre souple : substitution d'autorités non liées par un rapport hiérarchique, extension des pouvoirs en cas de circonstances exceptionnelles) <sup>34</sup>. Les polices spéciales échappent à la nécessité immédiate, au plus petit dénominateur commun indispensable à la vie en société. Elles impliquent donc de la part du législateur des habilitations particulières, à la fois strictes et formelles <sup>35</sup>. Après avoir été ignorée un certain temps cette analyse commence à être reprise par d'autres auteurs <sup>36</sup>.

### 3) L'expression de la force normative de l'intérêt général en dehors de la loi

On l'a dit, la force normative de l'intérêt général ne devrait théoriquement s'exprimer que par la loi. On ne peut toutefois pas manquer d'observer qu'elle passe par d'autres canaux que celui de la loi, et que, quel que soit le nom qu'on lui donne, règle, norme, principe, standard non écrit (peu importe la qualification puisque la fonction compte seule) elle est à l'origine de droit. On citera à titre d'exemple, deux décisions du juge administratif qui reconnaissent la légalité d'actions administratives non expressément prévues par la loi mais directement fondées sur l'intérêt général. La première est relative à la notion d'utilité publique, qui est synonyme de la notion d'intérêt public mais en plus opératoire encore. Un considérant d'une décision du Conseil d'Etat l'illustre très clairement : « *Il résulte de l'ensemble des dispositions de l'ordonnance du 23 octobre 1958 que l'utilité publique des opérations pouvant donner lieu à une expropriation n'est pas subordonnée à l'intervention d'un texte exprès conférant à ces opérations un tel caractère* » <sup>37</sup>. La seconde n'est autre que le célèbre arrêt *Labonne* de 1919 dans lequel le Conseil d'Etat reconnaît l'existence d'un pouvoir de police administrative générale au profit du Chef de l'Etat, aujourd'hui du premier ministre, sans qu'il n'existe aucune habilitation légale en ce sens, en "proclamant" « *qu'il appartient au chef de l'Etat, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause*

---

<sup>34</sup> L'ordre public général est « l'ensemble des normes juridiques d'ordre public que le juge reconnaît comme pouvant être édictées par les autorités de police disposant de pouvoirs propres (...). L'ordre public général ne contient en effet que ce petit faisceau d'exigences fondamentales d'ordre et de liberté auxquelles la société libérale consent à sacrifier, sans que le législateur ait à intervenir expressément, certaines autres manifestations de la liberté », PICARD (E.), *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, t.2, 563-564.

<sup>35</sup> Elles reposent sur des ordres publics spéciaux « lorsque l'habilitation produite par l'ordre public général est jugée, par les autorités compétentes pour en décider, ne pas convenir aux nécessités de la protection de l'ordre institutionnel », PICARD (E.), *op. cit.*, 570.

<sup>36</sup> DELHOSTE (M.-F.), *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, LGDJ, 2001.

<sup>37</sup> CE, 4 novembre 1970, SCI "Les héritiers A. Caubière", 646.

*être appliquées dans l'ensemble du territoire* »<sup>38 39</sup>. Au risque de simplifier de manière abusive, on pourrait identifier deux grandes explications de la force normative autonome de l'intérêt général. L'approche développée par E. Picard y décèlera l'expression de l'ordre public qui, comme fondement nécessaire et minimum de la vie en société, se passe d'habilitation législative, alors qu'une approche plus positiviste dira que l'importance politique fondamentale de l'intérêt général lui a permis de survivre à l'éclatement des sources du droit et particulièrement à la remise en cause de la loi comme source unique de droit en investissant des expressions moins formelles du droit.

L'expression « en dehors de la loi » de la force normative de l'intérêt général se manifeste dans trois domaines. En premier lieu on soutient que la force normative autonome de l'intérêt général se manifeste dans l'organisation administrative de l'Etat. En second lieu elle se manifeste dans les modalités de détermination concrète des intérêts publics identifiés abstraitement par les lois ou par d'autres normes. La portée de ces deux expressions, identification abstraite et détermination concrète des intérêts publics sera précisée ci-dessous. Ces deux conséquences demandent une analyse détaillée qui sera menée dans la deuxième section de ce chapitre car elles vont se révéler fondamentales pour la poursuite de notre démonstration. En troisième lieu enfin « *l'intérêt général est source directe de la légalité administrative révélée par le juge* »<sup>40</sup>. C'est en l'utilisant que le juge a élaboré les grandes constructions jurisprudentielles sur lesquelles reposent le droit public français (comme le service public, le travail public, le domaine public, ...) et qu'il a élaboré ses critères répartiteurs entre la légalité et l'illégalité de l'action administrative. Dans le raisonnement que nous suivons, ce n'est pas cette utilisation par le juge de la force normative de l'intérêt général qui nous intéresse et que nous développerons.

### § 3 Le « nominalisme » de la conception italienne

L'approche française ne permet pas *a priori* une comparaison avec l'approche de l'intérêt général (ou de ce qui en tient lieu) en droit italien car ce dernier n'a reçu aucune des notions de l'intérêt général qui ont été débattues par la science politique. Les index de tous les manuels français de droit administratif contiennent une entrée intitulée "intérêt général". Dans

<sup>38</sup> CE, 8 août 1919, *Labonne*, *GAJA* n°38, confirmé, entre autres, par CE, Ass., 13 mai 1960, *SARL Restaurant Nicolas*, 324.

<sup>39</sup> Du point de vue contentieux la force normative que l'intérêt général revêt en dehors de la loi pourrait également expliquer la présomption de légalité du but poursuivi par l'administration et les difficultés avec lesquelles le moyen du détournement de pouvoir est accueilli par le juge administratif.

<sup>40</sup> TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général*, *op. cit.*, 167, note 1.

les index des manuels italiens cette entrée n'apparaît pas. Au mieux, trouve-t-on, mais pas toujours, l'intitulé "intérêts publics". Pour dire les choses brutalement l'intérêt général, tel qu'il est conçu en France, n'existe pas en droit italien.

Pour comprendre cette situation, à savoir cette absence de réception, il est nécessaire de remonter assez haut dans les causes et dans les déterminants du droit public italien en abordant le positivisme italien et son refus des notions non juridiques (A.) préalable dont la conséquence est la conception formelle des intérêts publics (B.).

### A. Le positivisme italien et le refus des notions non juridiques

Le droit public italien, a été en quelque sorte pris en main à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle par la doctrine (l'Ecole d'Orlando) qui lui a imprimé la plupart de ses caractères distinctifs et dont on retrouve l'influence, parfois explicite, souvent implicite, dans le droit positif d'aujourd'hui. En 1889, V. E. Orlando, publie un travail au titre révélateur sur *Les critères techniques pour la reconstruction juridique du droit public* (1889) dans lequel il dénonce « les juristes [qui] sont trop philosophes, trop historiens, trop sociologues et pas assez juristes » et déclare que le positivisme est l'unique méthode capable d'élever l'étude du droit public au rang de science <sup>41</sup>. Un des élèves les plus célèbres d'Orlando, S. Romano déclarait de manière très expressive en 1918 dans son ouvrage fondamental *l'Ordre juridique*, dont nous aurons l'occasion de reparler, que « [N]ous avons dû naturellement, nous hisser jusqu'aux plus hautes régions où se respire une atmosphère juridique mais sans jamais passer au-delà » <sup>42</sup>. Ce présupposé à la fois épistémologique et méthodique sera commun à toute la doctrine italienne de droit public pendant tout le XX<sup>e</sup> siècle. Mais cette doctrine se divisera assez vite, en deux courants, l'un dit légaliste et l'autre réaliste-pluraliste, à propos de la portée à accorder au principe de légalité. A très grands traits et avec pour but de ne dire que ce qui est essentiel pour la démonstration en cours on indiquera que pour le courant légaliste, illustré par des auteurs tels que S. Foïs ou L. Carlassare, le principe de légalité est entendu dans un sens restreint, la loi est la seule norme qui s'impose à l'administration. Le principe de légalité implique également un rapport étroit entre la loi et l'acte administratif, plus proche de la conformité que de la compatibilité <sup>43</sup>. Pour le courant réaliste-pluraliste dont M.S. Giannini et S. Cassese sont les représentants contemporains les plus emblématiques, le principe de

<sup>41</sup> Cité in CASSESE (S.), *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 1995, 95.

<sup>42</sup> Exceptionnellement on cite un ouvrage italien dans sa traduction française ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, [2<sup>e</sup> ed., Florence, 1946]. Paris, Dalloz, 1975, trad. L. François et P. Gohot, Introduction P. Francescakis, 71.

<sup>43</sup> Voir par exemple FOÏS (S.), "Legalità (principio di)", *Enc. dir.*, t. XXIII, Giuffrè, 1973, 659 et CARLASSARE (L.), "Regolamento (dir. cost.)", in *Enc. Dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988.

légalité est interprété dans un sens plus large <sup>44</sup>. Ce courant est dit réaliste dans la mesure où il écarte toute construction théorique *a priori* et ne théorise à son tour qu'à partir de toutes les données du droit positif. Ainsi S. Cassese parle-t-il de M. S. Giannini comme celui qui a « *renoué de manière authentique le corps des principes avec l'examen du droit positif* » <sup>45</sup>. Le courant est également dit pluraliste car, c'est une conséquence du réalisme précédent, il défend l'idée que la loi n'est pas, n'est plus, l'unique source et horizon indépassable de la légalité, la seule norme qui s'impose à l'action administrative. Pour S. Cassese, « *alors que les tâches classiques (de l'administration) devaient être conformes à la loi, les tâches nouvelles doivent l'être vis-à-vis du marché ou de règles techniques* » <sup>46</sup>.

## **B. La conception juridique formelle des intérêts publics**

La conception italienne, qui ne considère pas *l'intérêt général* mais *les intérêts publics* a été formalisée par deux grandes constructions doctrinales. L'une, réaliste-pluraliste due à M.-S. Giannini, s'appuie sur une analyse d'histoire politique. L'autre, d'A. Pizzorusso, se concentre sur une approche qui se veut exclusivement juridique.

### **1) L'analyse réaliste-pluraliste**

Pour s'en tenir aux éléments qui permettent la comparaison on rappellera que, dans la pensée politique française "classique", inspirée par Rousseau, la souveraineté populaire est intimement liée à la volonté générale dont elle permet l'expression. Le suffrage universel du peuple souverain n'a ainsi pas d'autre raison d'être que de servir d'instrument à la formation de l'intérêt général.

La doctrine réaliste-pluraliste italienne ne considère pas que le suffrage universel débouche sur l'expression d'une volonté générale qui serait commune à l'ensemble des citoyens. Elle en a donné une explication qui a connu un très grand succès et dont le retentissement se fait toujours peu ou prou sentir chez les auteurs italiens. Dans ses travaux sur la notion d'Etat pluriclasses (*Stato pluriclasse*), M. S. Giannini a démontré qu'avant l'introduction du suffrage universel, les Etats, en gros les Etats européens du XIX<sup>e</sup> siècle, étaient avant tout des Etats monoclasse (*Stati monoclasse*) dans la mesure où une seule classe sociale, c'est-à-dire la bourgeoisie, avait accès au pouvoir ou plus exactement à la possibilité de faire valoir ses intérêts. En ce sens l'"intérêt général" qui résultait des choix de cette classe

---

<sup>44</sup> GIANNINI (M. S.), *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1993, t. I, 54-55.

<sup>45</sup> CASSESE (S.), *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 1995, 100.

<sup>46</sup> CASSESE (S.), "Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa", *RTDP*, 1985, 374.

était relativement homogène. La fin de l'Etat monoclasse advint, formellement, avec l'introduction du suffrage universel dont l'exercice aboutit à ce que « *toutes les classes sociales soient représentées dans les Parlements et dans les organes collégiaux* » <sup>47</sup>. L'Etat monoclasse cède alors graduellement la place à l'Etat pluriclasses (*Stato pluriclasse*) <sup>48</sup>. Selon S. Cassese, qui interprète et prolonge la pensée de M. S. Giannini, l'Etat pluriclasses serait l'Etat dans lequel « *toutes les classes sociales participent au gouvernement et cherchent à introduire des mécanismes de protection de leurs propres intérêts. La conséquence du changement est l'augmentation des intérêts qui, de privés et de collectifs, deviennent publics, parce que confiés à des pouvoirs publics* » <sup>49</sup>. L'opposition avec la pensée française est radicale. La souveraineté populaire ne débouche pas sur un intérêt général unique mais sur une pluralité d'intérêts publics <sup>50</sup>.

## 2) L'analyse strictement positiviste des intérêts publics

Dans un article fondamental paru en 1972, A. Pizzorusso reprend la question de la notion d'intérêt public et la soumet à une analyse strictement positiviste en lui cherchant le sens ou l'usage « *qui la rende valide sur le plan de la recherche scientifique* » <sup>51</sup>.

Quelques mots doivent être dits, au préalable, sur le choix de cet article dans la démonstration en cours. Toute la doctrine italienne aborde bien sûr la question de la notion d'intérêt public, mais elle le fait en utilisant un point de départ qui n'est pas adapté à la comparaison entre la France et l'Italie telle qu'elle est entamée ici. Ce point de départ inutile pour nous est l'administration. C'est en analysant l'administration et plus précisément la fonction de l'administration que les auteurs italiens abordent, de manière inductive si on peut dire, l'intérêt public. L'administration a pour fonction *la cura concreta degli interessi pubblici*, la réalisation (mot à mot le soin) concrète des intérêts publics <sup>52</sup>. Présenté de cette manière, c'est-à-dire comme étant la fonction de l'administration, l'intérêt public n'est traité qu'indirectement, par ricochet. La raison pour laquelle l'article d'A. Pizzorusso a été choisi,

<sup>47</sup> GIANNINI (M. S.), *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, 1986, 56. La notion d'Etat pluriclasses n'a pas été avancée par M. S. Giannini à partir d'une réflexion sur la souveraineté mais pour expliquer les transformations du droit public contemporain qui découlent de la multiplication des interventions publiques.

<sup>48</sup> Un des articles dans lesquels l'auteur présentait sa théorie a été traduit en français sous le titre "L'administration italienne devant les transformations économiques et sociales du monde contemporain", *Annuaire européen d'administration publique*, vol. I, Paris, CNRS, 1978, 17.

<sup>49</sup> CASSESE (S.), "Lo Stato pluriclasse in Massimo Severo Giannini", in CASSESE (S.), CARCATERRA (G.), D'ALBERTI (M.), BIXIO (A.) (ed.), *L'Unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, il Mulino, 1994, 23.

<sup>50</sup> A notre avis, la capacité explicative de cette théorie est très grande. En particulier, elle s'applique assez bien à la manière dont est conçu l'intérêt général dans la construction européenne où il n'existe pas non plus d'intérêt général européen mais bien plutôt une pluralité d'intérêts (publics) européens.

<sup>51</sup> PIZZORUSSO (A.), "Interesse pubblico e interessi pubblici", *RTDPC*, 1972, 57-87, 63.

<sup>52</sup> Sous certains aspects, cette présentation est critiquée par la doctrine réaliste pluraliste.

c'est que la notion d'intérêt public y est en revanche abordée directement sans passer par l'administration et que l'approche suivie facilite la comparaison avec la France. Mais la comparaison est seulement permise. Au delà de cette même approche déductive il n'y a rien de commun entre les notions française et italienne de l'intérêt public.

Sans entrer dans le détails des démonstrations employées, on indiquera que, pour A. Pizzorusso, les définitions de l'intérêt public au moyen de critères abstraits ou généralisants qui proviennent de la science politique (l'intérêt public comme somme des intérêts des membres d'une communauté donnée, comme permettant la réalisation d'une cohabitation harmonieuse entre les membres, comme ce qui est déterminé par la majorité des membres selon les procédures démocratiques applicables ...), ne donnent des résultats ni positifs ni juridiques. L'expression intérêt public ou intérêt général utilisée au singulier voudrait désigner un *présupposé objectif*, quelle que soit l'approche qui la sous-tend (volontariste ou libérale). Or ce présupposé objectif ne correspond pas à une réalité directement et univoquement définissable « *dans la vie réelle on ne rencontre que des intérêts publics multiples et divers, alors que l'intérêt public au singulier est seulement une locuta brevis pour indiquer l'ensemble des intérêts publics au pluriel ou bien celui d'entre eux qui dans une circonstance précise peut ou doit être pris en compte* »<sup>53</sup>. Intérêt public, simple mot, facilité de l'esprit ne désigne aucune réalité propre. En Italie, il n'apparaît pas de concept de l'intérêt général derrière le mot (ou alors il est bien plus lointain). Le mot ne vaut que pour lui-même. La seule réalité est constituée par ce qui est posé, ce qui est déclaré par le droit comme étant, dans le cas en question, l'intérêt public.

### 3) La convergence des deux analyses et l'identification légale des intérêts publics

L'analyse réaliste-pluraliste et l'analyse positiviste convergent, malgré des points de départs différents, vers un rejet de la notion d'intérêt général "à la française" et vers une définition commune des intérêts publics comme étant « *les intérêts qualifiés comme tels par les appareils politiques et les administrations. A l'intérêt public on ne peut attribuer une signification substantielle mais seulement juridico-formelle* »<sup>54</sup>. L'approche italienne est donc de type nominaliste. Les seules "réalités" juridiques qui existent sont celles qui sont nommées.

---

<sup>53</sup> PIZZORUSSO (A.). "Interesse pubblico e interessi pubblici", *art. cit.*, 68.

<sup>54</sup> SORACE (D.). *Lezioni di diritto amministrativo*, il Mulino, 2000, 20.

Les deux analyses se retrouvent également, sous certaines réserves cependant, pour considérer que l'identification abstraite de l'intérêt public équivaut à l'identification légale. L'analyse du droit positif confirme cette équivalence.

L'analyse réaliste pluraliste concluait la première étape de son approche en constatant que la souveraineté populaire de l'Etat pluriclasses ne débouchait pas sur un intérêt général unique mais sur une pluralité d'intérêts publics. Il lui était alors extrêmement facile de franchir une étape supplémentaire pour déclarer que les intérêts publics étaient les intérêts déclarés tels par le vote des élus issus du suffrage universel, c'est-à-dire ceux identifiés par les lois, sous réserve d'ajouter qu'avec l'éclatement des sources juridiques et la fin du droit d'origine entièrement législative d'autres normes pouvaient également participer à l'identification des intérêts publics.

De son côté, A. Pizzorusso concluait la première partie de sa recherche en constatant qu'une fois admis l'existence des intérêts publics au pluriel le discours sur ces derniers ne pouvait plus, en droit, que s'articuler autour de la question de leur identification <sup>55</sup>. La question de l'identification des intérêts publics fait donc l'objet, de sa part, de réflexions approfondies. Il constate tout d'abord que la reconnaissance de l'intérêt public n'advient pas une fois pour toutes en un seul moment mais qu'elle résulte de la combinaison d'influences diverses et en particulier d'un « *flux compliqué d'activités juridiques* » (72). Se plaçant dans une optique délibérément macroscopique il distingue deux grands moments (ou opérations) logiques qui se succèdent. Le premier est l'identification abstraite de l'intérêt public. Le second est la détermination concrète du contenu de cet intérêt. L'identification abstraite de l'intérêt public, d'un intérêt public plus exactement, est en partie implicitement considérée par l'auteur comme un choix politique extra juridique, comme une donnée provenant d'un système de valeur étranger au droit. Mais par ailleurs l'auteur prend toujours bien soin de tempérer cette « intrusion » en mettant l'accent sur des mécanismes juridiques propres au système dans son ensemble qui contribuent à former ou du moins à affiner l'identification abstraite de l'intérêt général. L'observation attentive des mécanismes impliqués lui permet de constater que les deux mouvements fonctionnent en *feed back* car toute détermination du

---

<sup>55</sup> A. Pizzorusso dit en fait que le discours sur les intérêts publics s'articule autour de deux questions et non pas d'une seule. A la question de l'identification s'ajoute celle de l'utilisation des intérêts publics identifiés. Elle porte sur les « *cas dans lesquels la formule "intérêt public" (...) est utilisée par le législateur non pas pour indiquer le but de l'action (...) mais pour indiquer un présupposé objectif* ». L'emploi de l'expression intérêt public au singulier comme dans l'expression « *expropriation pour utilité publique* » pourrait être considérée comme une aporie de la conception italienne qui ne connaît que des intérêts publics (Elle est en revanche le point fort de la conception française ; l'expropriation pour utilité publique est l'expression dans laquelle se reflète le mieux ce présupposé objectif qu'est l'intérêt général français substantiel et abstrait). L'auteur s'emploie à la résoudre en avançant l'idée que « *l'intérêt public au singulier est le moyen logico-juridique qui permet aux opérateurs de tenir compte des finalités des intérêts publics* » et qu'en conséquence « *ce n'est pas un intérêt comparable aux autres mais c'est un instrument* », art. cit., 85.

contenu concret de l'intérêt public en cause est tout d'abord une réception et une interprétation de l'intérêt public tel qu'il est abstraitement identifié avant d'être une évaluation directe du problème dans lequel il faut trouver, par des jugements d'opportunité et des évaluations techniques, la solution d'intérêt public. Mais cette adaptation de l'intérêt public abstrait aux cas concrets ne peut pas manquer de se répercuter sur les évaluations concrètes futures et au-delà sur l'identification abstraite elle-même de l'intérêt public en cause bref, d'établir un corps de pratique qui sera la matière même des nouvelles identifications plus abstraites. Ces dernières entérineront les choix de terrain, les corrigeront ou les écarteront, mais ne se constitueront qu'à partir d'eux.

L'auteur prend également bien garde de souligner que l'identification abstraite de l'intérêt public n'équivaut pas *par principe* à l'identification légale. L'identification abstraite peut en effet intervenir à différents niveaux normatifs en fonction du spectre de pouvoir attribué par le niveau supérieur. Elle peut parfois même ne pas présenter un caractère nécessairement normatif. C'est le cas des directives <sup>56</sup>. La loi n'est que la norme la plus généralement employée pour identifier les intérêts publics.

Toutefois, si on replace l'analyse théorique d'A. Pizzorusso dans le cadre du droit positif italien, le principe de légalité fait de la loi la norme *ad hoc* pour désigner les intérêts publics. La constitution italienne de 1948 ne fait pas explicitement référence au principe de légalité mais les interprètes du texte constitutionnel ont toujours considéré qu'il s'agissait d'un principe constitutionnel implicite, ne serait-ce qu'à cause du nombre de réserves de loi qui encadrent, tout au long des 130 articles de la constitution, les différentes activités administratives <sup>57</sup>. Cette interprétation a reçu une sanction partielle (partielle à cause du rang normatif qui n'est que législatif) lorsque la loi du 7 août 1990 n.241 sur la procédure d'adoption (*nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*) a déclaré que « l'activité administrative poursuit les buts déterminés par la loi » (article 1, alinéa 1). En conséquence, le principe de légalité peut faire l'objet d'interprétations diverses, mais il ne peut pas être sérieusement remis en question. Placée ainsi sous le "toit" du principe de légalité et irriguée par lui, la conception italienne des intérêts publics désigne la loi comme l'acte qui identifie l'intérêt public. Les intérêts publics sont ceux qui sont désignés comme tels par la loi à un moment donné et dans un domaine

---

<sup>56</sup> Symétriquement la détermination du contenu concret des intérêts publics peut faire l'objet d'un pouvoir discrétionnaire comme d'une compétence liée.

<sup>57</sup> La démonstration en est faite par S. FOIS, "Legalità (principio di)", *Enc. dir.*, t. XXIII, Giuffrè, 1973, 659. Une démonstration équivalente avait été faite à propos du statut albertin : ZANOBINI (G.), "L'attività amministrativa e la legge", *Riv. Dir. Pubbl.*, 1924.



donné, sous le contrôle de la Cour constitutionnelle. « (...) *Dans un système d'administration publique qui agit sub lege, la définition de l'intérêt public est remise au législateur et se résout, en conséquence, dans la définition (législative) des intérêts publics abstraits* »<sup>58</sup>. Pour un autre exemple, V. Cerulli Irelli déclare que : « (...) *dans un sens strictement positif, ni sociologique ni philosophique, les intérêts publics sont ceux que la loi désignent comme tels* »<sup>59 60</sup>.

Le principe de l'identification légale des intérêts publics n'interdit pas, bien au contraire, que le choix du législateur ne soit lui-même déterminé par les choix précédemment opérés par le constituant. On retrouve ici l'analyse ouverte d'A. Pizzorusso. La constitution républicaine de 1948 a en effet, entre autres rôles, celui d'indiquer au législateur, tout en lui laissant un pouvoir discrétionnaire très vaste, les intérêts publics à réaliser dans la double limite des intérêts publics qui doivent impérativement être réalisés et de ceux qui ne peuvent pas être légalement reconnus comme des intérêts publics<sup>61</sup>. Le rôle du juge constitutionnel italien découle logiquement de ces prémisses. Il s'agira pour lui, une fois vérifiée la constitutionnalité des intérêts élevés au rang de « publics » par le législateur, de les concilier lorsqu'ils entrent en conflit entre eux.

Avant d'aborder la section suivante, concluons sur la différence de conception en matière d'intérêt général / intérêts publics entre la France et l'Italie. La conception française de l'intérêt général est substantielle et abstraite. Elle correspond à une vision de la société, c'est-à-dire à un invariant, à un principe indisponible, à un présupposé objectif. Sa présence dans une loi n'est donc que son application ou plus exactement son énonciation dans un domaine particulier.

La conception italienne de l'intérêt public (des intérêts publics), est formelle. Elle ne voit pas dans l'intérêt public un idéal à concrétiser mais simplement un élément donné par la loi. Sa présence dans la loi est sa formulation même. Chaque loi détermine un intérêt public particulier sans qu'il soit besoin de passer par l'intérêt général. Les intérêts publics ne sont que les buts d'action des pouvoirs publics.

---

<sup>58</sup> CANNADA BARTOLI (E.), "Interesse (diritto amministrativo)", *Enc. dir.*, XXII, 1972, 6. L'ensemble de la doctrine concorde.

<sup>59</sup> CERULLI IRELLI (V.), *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, 473.

<sup>60</sup> Du point de vue contentieux cette conception des intérêts publics pourrait expliquer que le contrôle du juge administratif italien est né en s'appuyant sur le détournement de pouvoir *sviamento di potere* et non sur l'excès de pouvoir comme en France.

<sup>61</sup> CORSO (G.), *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, 7-8.

Sans doute, pour qui se place du point de vue italien, la référence française à l'intérêt général n'est-elle qu'un détour, plus inutile qu'erroné, entre la détermination d'un but public par le législateur et la réalisation concrète de ce but par l'administration. Les effets de l'intérêt public italien et de l'intérêt général français sont en effet les mêmes. Tous les deux permettent la compression des droits des particuliers et parmi ces droits, en première ligne, les droits réels.

## **Section 2 Les conséquences de cette différence sur la reconnaissance des intérêts publics en général**

Ces conséquences vont être analysées en deux temps qui correspondent aux deux opérations logiques et théoriques décrites par A. Pizzorusso : tout d'abord les conséquences sur l'identification abstraite des intérêts publics par la loi (§ 1) et ensuite les conséquences sur la détermination concrète de ces mêmes intérêts (§ 2). Mais il faudra en outre se pencher, pour tenter de les expliquer, sur les références légales qu'on trouve aussi bien en France qu'en Italie, à des intérêts qui tout en étant toujours de nature publique, sont présentés de manière différente. On fait ici allusion d'une part à la présence concomitante, dans les mêmes domaines, d'un intérêt qualifié de public et d'un intérêt qualifié de national, et d'autre part à la décomposition d'un même intérêt public, c'est-à-dire s'appliquant à un même objet, en des intérêts publics d'intensité variable (§ 3).

### ***§ 1 L'identification abstraite des intérêts publics***

L'identification abstraite des intérêts publics pose deux questions : premièrement la question du rang normatif de l'acte qui identifie l'intérêt public (A.) et deuxièmement la question du degré d'abstraction de l'acte qui identifie l'intérêt public (B.).

#### **A. Le rang normatif de l'acte qui identifie l'intérêt public**

Cette question a déjà été abordée à la section précédente. On a vu qu'en Italie la conception positiviste et formelle des intérêts publics sous la double réserve de l'extension de l'autonomie de l'administration et de l'appréciation large du principe de légalité voyait nécessairement dans la loi l'acte par lequel la société décidait de qualifier un intérêt en tant qu'intérêt public.

En ce qui concerne la France, on a vu à la section précédente que l'identification de l'intérêt général dans un domaine particulier advenait par la création d'une police spéciale. La création des polices spéciales relève en général de la loi. L'hypothèse d'une création de police spéciale par un acte normatif administratif indépendamment de toute loi est envisageable depuis la Constitution de 1958 (article 37 alinéa 1 « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ») mais elle ne sera pas retenue ici au motif que l'objet des polices spéciales est l'organisation, et donc la limitation, d'activités privées

déterminées. Or, la limitation des activités privées relève du domaine la loi selon l'article 34 de la Constitution « *La loi fixe les règles concernant : (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » et « *la loi détermine les principes fondamentaux : du régime de la propriété, des droits réels (...)* ». L'identification de l'intérêt général dans le domaine général qui est celui de la police administrative générale, c'est-à-dire de ce qui relève du maintien de l'ordre public peut advenir, on l'a vu, en dehors ou à la marge de la loi. Cet aspect a été particulièrement mis en valeur par l'étude d'E. Picard. Il est illustré par la décision déjà évoquée du Conseil d'Etat du 9 août 1919 *Labonne* qui, sur le fondement d'attributions légales à la fois larges et vagues, reconnaît aux autorités de police administrative générale des pouvoirs à la fois innomés (c'est-à-dire non expressément prévus dans les lois attributives de compétence) et précis. Mais les aspects de l'intérêt général relatif à la police administrative générale ne constituent pas le centre de cette étude qui, en cherchant à approfondir l'analyse de l'intérêt général (ou public) en matière de biens culturels, se concentre sur les aspects de l'intérêt général relatif aux polices administratives spéciales.

Aussi, si on raisonne pour la France en termes de polices administratives spéciales (qui ne sont, selon nous, que le prête-nom des intérêts publics spécifiques), on peut conclure qu'en France comme en Italie, l'identification abstraite des intérêts publics équivaut globalement à leur identification légale.

## **B. La question du degré d'abstraction de l'identification légale des intérêts publics**

Cette question présente en fait deux aspects. Le premier aspect est relatif à l'obligation faite (ou non) à la loi d'identifier les intérêts publics avec un degré particulier d'abstraction (1). Le second à trait à la constatation que l'intérêt public identifié trop abstraitement ouvre la voie à de possibles identifications secondaires ou de complément par d'autres autorités. La question est donc de savoir quel sera alors le statut juridique de ces identifications secondes (2).

### **1) L'obligation faite à la loi d'identifier les intérêts publics avec un degré particulier d'abstraction**

Pour résoudre cette question il est nécessaire de faire référence aux critères qui, dans chacun des deux systèmes, permettent de distinguer les lois des autres normes juridiques.

a) La prédominance du critère formel de la loi en Italie et en France

En France et en Italie, le critère formel l'emporte sur le critère matériel. La loi est avant tout un « *acte fait par les organes à qui la compétence législative était reconnue par la Constitution et selon les formes fixées par la Constitution* »<sup>62</sup>. La prédominance du critère formel sur le critère matériel signifie que le contenu de la loi, sous la réserve évidente qu'il respecte les prescriptions de la Constitution, est indifférent et que les caractères d'abstraction et de généralité de la loi peuvent être considérés comme normaux mais pas comme indispensables. Le critère formel semble régner sans partage dans les deux pays<sup>63</sup>.

b) Les portées différentes du critère formel en Italie et en France

On trouve cependant dans chacun des deux pays une partie de la doctrine qui soutient une approche différente selon laquelle la loi devrait toujours présenter les caractères d'abstraction et de généralité. Les auteurs qui défendent cette approche, comme V. Crisafulli en Italie, avancent à titre d'argument principal que le principe d'égalité, dont la constitution française (article 1) et la constitution italienne (article 3) imposent le respect aux législateurs, ne pourrait pas ne pas avoir pour conséquence que les lois soient nécessairement générales et abstraites<sup>64</sup>.

En Italie, cette interprétation a été écartée par la Cour constitutionnelle. A plusieurs reprises la Cour a eu l'occasion de déclarer qu'aucune disposition constitutionnelle ne prévoyait que « *les actes à contenu particulier et concret devaient nécessairement prendre la forme d'acte administratif* »<sup>65</sup>. Le critère formel est en quelque sorte absolu en Italie.

En France, la situation est plus complexe car le critère formel ne se heurte pas seulement au principe d'égalité tel qu'il apparaît à l'article 1 du texte de la constitution de 1958 mais surtout à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel « *la loi est l'expression de la volonté générale* ». De cet article découle une conception de la loi qui n'est plus uniquement formelle mais qui suppose la présence des caractères d'abstraction et de généralité et dont l'objet est, selon Rousseau, toujours général, car « *quand tout le peuple statue sur tout le peuple c'est cet acte que j'appelle une loi (...) la loi considère*

---

<sup>62</sup> VEDEL (G.), DELVOLE (P.), *Droit administratif*, op. cit., 78.

<sup>63</sup> PALADIN (L.), *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, [1996] 2000, 180.

<sup>64</sup> Entre autres CRISAFFULI (V.), *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, [1970] 1984, II, 71.

<sup>65</sup> Par exemple Corte cost., 24 mars 1988, n°331.

*tous les sujets en corps (...) jamais un homme comme individu ni une action particulière »* <sup>66</sup>.  
Le critère formel est donc plus relatif en France qu'en Italie.

c) Les conséquences de la prédominance (absolue ou relative) du critère formel

En Italie, la prédominance sans partage du critère formel entraîne deux conséquences. Premièrement la loi peut ne pas être abstraite. Elle peut très bien "descendre" assez loin dans la précision, voir le particularisme. Et au lieu d'identifier indirectement, par des critères, l'intérêt public (la détermination directe étant confiée à l'administration) elle peut l'identifier directement. On verra de manière approfondie au chapitre suivant que le texte unique italien de protection des biens culturels identifie non seulement un intérêt public abstrait, (l'intérêt en matière de biens culturels) mais en outre identifie directement certains biens en les soumettant *ex lege* à un régime protecteur dès lors qu'ils présentent certains aspects. C'est ce qu'on appelle le mécanisme de la *qualification légale*. Deuxièmement, la loi peut ne pas être générale et porter au contraire sur des cas très concrets. C'est le phénomène des *leggi-provvedimento*, loi-mesures, beaucoup plus répandu en Italie qu'en France. Le domaine de la protection des biens culturels n'y fait pas exception.

En France, la prédominance "formelle" du critère formel de la loi, acte voté par le Parlement, n'empêche pas une présence, vraisemblablement beaucoup plus grande qu'en Italie, des caractères d'abstraction et de généralité au sein des lois. Cela entraîne deux conséquences : premièrement la loi reste relativement abstraite, deuxièmement la loi reste relativement générale, les lois-mesures étant assez rares en France <sup>67</sup>.

Quel que soit le niveau de précision avec lequel la loi identifie abstraitement l'intérêt public, presque toujours indirectement en France, indirectement *et* directement en Italie, l'administration doit toujours procéder à la détermination concrète de cet intérêt. Mais sa marge d'appréciation subira des variations de très grande ampleur : elle sera large lorsque la loi identifie indirectement l'intérêt public, elle sera plus étroite lorsque, comme dans certains cas en Italie, la loi identifie directement l'intérêt public. Le rôle du juge suivra les mêmes variations : plus la marge d'appréciation de l'administration sera large, plus son contrôle sera poussé.

---

<sup>66</sup> ROUSSEAU (J.J.), *Contrat social*, livre II, chapitre 6.

<sup>67</sup> Pour des exemples de lois ne présentant pas le caractère de généralité : AMSELECK (P.), "L'évolution générale de la technique juridique dans les démocraties occidentales", *RDP*, 1982, 275-294 et RENOUX (T.), "Le principe constitutionnel de légalité en droit constitutionnel français", *LPA*, 1992, n°31.

## 2) Les identifications secondes de l'intérêt public

Cette question en recoupe à son tour deux autres : celle de l'identification secondaire prévue par la loi et surtout celle de l'identification secondaire non prévue par la loi.

### a) L'identification seconde explicitement prévue par la loi

Les cas dans lesquels la loi prévoit qu'une autre autorité (l'administration) intervienne pour la compléter ou la préciser selon des modalités et des instruments (normatifs en général, les règlements) prévus par la loi elle-même ne pose pas de difficultés particulières.

### b) L'identification seconde non explicitement prévue par la loi

En revanche, les cas dans lesquels l'intérêt public est défini trop abstraitement par la loi au point qu'il existe un vide entre l'identification de l'intérêt en cause et la mise en œuvre concrète de ce même intérêt et que l'identification légale, trop générale, ne permet pas de fonder une quelconque action de la part de l'administration, posent des difficultés.

La (trop) grande généralité de la loi entraîne automatiquement l'attribution, explicite ou implicite, d'une quantité proportionnelle de pouvoir discrétionnaire à l'administration. Et de cette conjonction entre généralité et abstraction légale d'une part et discrétionnalité administrative d'autre part apparaît la possibilité d'une attitude "normatisante" de l'administration, si on nous passe le néologisme. En auto-organisant son pouvoir discrétionnaire, l'administration peut, dans les interstices de la loi, identifier l'intérêt public en cause de manière seconde. Le principe de légalité interdit que l'administration utilise son pouvoir discrétionnaire dans un sens qui aboutirait à la création de normes secondaires. En France, E. Picard indique qu'il y a pouvoir discrétionnaire, « *lorsque et dans la mesure où les normes - c'est-à-dire toutes celles qui s'imposent à l'auteur de l'acte compte tenu de la place de celui-ci dans la hiérarchie des sources du droit - n'ont pas totalement prédéterminé la façon d'exercer au fond la compétence qui lui est reconnue* »<sup>68</sup>. Cette indétermination réside soit dans une lacune du tissu normatif soit au contraire, et c'est ce qui nous intéresse ici, dans un élément positif ou formel de l'édifice normatif, qui est indéterminé. En Italie, l'approche réaliste du droit administratif enseigne avec M.S. Giannini qu'il y a pouvoir discrétionnaire lorsque l'administration se trouve dans une position de choix entre plusieurs solutions

---

<sup>68</sup> PICARD (E.), "Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif français", 11<sup>e</sup> Journées franco-latino-américaines, 295-319, 300.

possibles, choix effectué en fonction de l'intérêt public dont l'administration à la charge <sup>69</sup>. E. Picard rappelle que le titulaire d'un pouvoir administratif ne peut pas le mettre en œuvre « *dans des conditions qui auraient pour effet de lier son propre pouvoir d'appréciation* » <sup>70</sup>. Toutefois A. Pizzorusso a fait remarquer que l'identification abstraite de l'intérêt général n'advenait pas seulement par des actes normatifs mais qu'elle résultait « *d'un flux compliqué d'activités juridiques* » et que toute détermination concrète du contenu se répercutait sur les évaluations futures et à terme sur l'identification abstraite elle-même selon un mouvement fonctionnant en *feed back* <sup>71</sup>. Cette approche n'est pas éloignée de la théorie de F. Gény qui estimait que les principes trop abstraits pour être considérés comme juridiquement utilisables se convertissaient par degrés successifs en « *principes de conduite qui dans leur généralité contenaient du moins des directions grosses de règles juridiques proprement dites* » <sup>72</sup>. En outre, les récents et abondants travaux qui mettent en relief la perte de substance normative de la loi <sup>73</sup> pourraient s'accompagner d'une suite logique relative à l'accaparement subséquent du champ normatif qui n'est pas ou peu "labouré" par la loi, par d'autres acteurs (en particulier par l'administration).

C'est dans la catégorie ambiguë, mais respectueuse de toute la réalité juridique, de la *quasi-normativité* qu'on voudrait classer l'attitude "normatisante" de l'administration qui se fixe ses propres orientations. E. Picard a approché avec beaucoup de précision son statut juridique d'"entre deux" dans une description qui n'est pas seulement valable pour le droit français mais qui peut également s'appliquer au droit italien. Il s'agit de « *normes d'orientation devant guider l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire : leur objet est de formuler la doctrine générale qui va inspirer l'autorité compétente pour prendre la décision ; elle opère comme une sorte de « codification des motifs » susceptibles d'être pris en compte par l'auteur de l'acte. Mais le respect de ses dispositions n'est ni complètement obligatoire, ni totalement facultatif* » <sup>74</sup>.

A ce point, plutôt que de continuer à parler de l'utilisation du pouvoir discrétionnaire, notion vague, il est sans doute préférable de se concentrer sur un aspect plus précis et mieux identifié juridiquement de cette notion, à partir duquel l'analyse comparée pourrait être menée

<sup>69</sup> GIANNINI (M.S.), *Diritto amministrativo*, II, 3<sup>e</sup> ed., 1993, § 147 ss et CASSESE (S.), *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 1995, 432 ss.

<sup>70</sup> PICARD (E.), "Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif français", *art. cit.*, 307.

<sup>71</sup> PIZZORUSSO (A.), "Interesse pubblico e interessi pubblici", *art. cit.*, 72.

<sup>72</sup> GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1915, t. 2, 396.

<sup>73</sup> MATHIEU (B.), *La loi*, Dalloz, 1995 ; POULET-GIBOT LECLERC (N.), *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, PUF, 1992 ; AINIS (M.), *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, 1997.

<sup>74</sup> PICARD (E.), "Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif français", *art. cit.*, 309.



plus clairement. Les directives semblent correspondre à la notion recherchée. Elle sont connues en France et en Italie. Elles sont bien une espèce d'un genre plus vaste (l'utilisation normatisante du pouvoir discrétionnaire) qu'elles n'épuisent pas, cette utilisation pouvant se manifester sous des formes moins intenses (l'interprétation des critères légaux) ou plus intenses (le dépassement des critères légaux).

En France, la directive, née de la seule pratique administrative et non d'un quelconque pouvoir que la loi aurait attribué à l'administration pour ce faire, est avant tout un instrument de guidage dans l'utilisation du pouvoir discrétionnaire dont une administration donnée dispose. La doctrine française est unanime sur ce point depuis M. Hauriou <sup>75</sup>. Selon E. Picard *« une directive s'analyse non comme une simple circulaire interprétative, (laquelle indique le sens que, selon le supérieur hiérarchique, il convient de donner à un texte, sans créer aucun droit ni aucune obligation à la charge des administrés), ni comme un simple règlement (lequel oblige sur tel ou tel point considéré, à décider dans un tel ou tel sens et crée des droits à cet égard) mais comme norme d'orientation devant guider l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire : son objet est de formuler la doctrine générale qui va inspirer l'autorité compétente pour prendre la décision ; elle opère comme une sorte de « codification des motifs » susceptible d'être prise en compte par l'auteur de l'acte »* <sup>76</sup>. Pour P. Delvolvé *« la directive est destinée à faciliter l'exercice du pouvoir discrétionnaire »* <sup>77</sup> et pour J. Boulouis il s'agit d'une *« sorte de codification préalable du pouvoir discrétionnaire dont dispose une autorité par cette même autorité »* <sup>78</sup>. Le Conseil d'Etat a reconnu la validité de telles « orientations » <sup>79</sup>, à condition que la directive fasse référence à des critères objectifs <sup>80</sup>.

La doctrine italienne a développé une approche plus complexe du phénomène de la directive. Certains auteurs comme V. Cerulli Irelli rassemblent sous le nom d'actes d'*auto-limitation*, les actes de l'administration *« qui ne produisent pas directement des effets mais sont destinés à avoir des conséquences sur l'activité administrative décisionnelle successive »*. Ils y classent *« les directives et les actes au moyen desquels l'administration*

---

<sup>75</sup> « *L'intention d'agir dans un certain esprit affirmé par un pouvoir discrétionnaire est ce qu'on appelle directive, c'est-à-dire règle que le pouvoir s'impose à lui-même* », note sous CE, 17 juillet 1925, *Association amicale du personnel de la Banque de France*, S. 1925, 3, 33.

<sup>76</sup> PICARD (E.), "Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif français", *art. cit.*, 309.

<sup>77</sup> DELVOLE (P.), "La notion de directive", *AJDA*, 1974, 459-473, 462.

<sup>78</sup> BOULOIS (J.), "Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques 'les directives'", *Mélanges Eisenmann*, 192-203, 192.

<sup>79</sup> CE, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, 750, concl. BERTRAND; *RDP*, 1971, 1124, note WALINE; *JCP*, 1972, II, 17232, note FROMONT.

<sup>80</sup> CE, 18 novembre 1977, *Société Entreprise Marchand*, 442, concl. FRANC.

plus clairement. Les directives semblent correspondre à la notion recherchée. Elle sont connues en France et en Italie. Elles sont bien une espèce d'un genre plus vaste (l'utilisation normatisante du pouvoir discrétionnaire) qu'elles n'épuisent pas, cette utilisation pouvant se manifester sous des formes moins intenses (l'interprétation des critères légaux) ou plus intenses (le dépassement des critères légaux).

En France, la directive, née de la seule pratique administrative et non d'un quelconque pouvoir que la loi aurait attribué à l'administration pour ce faire, est avant tout un instrument de guidage dans l'utilisation du pouvoir discrétionnaire dont une administration donnée dispose. La doctrine française est unanime sur ce point depuis M. Hauriou <sup>75</sup>. Selon E. Picard *« une directive s'analyse non comme une simple circulaire interprétative, (laquelle indique le sens que, selon le supérieur hiérarchique, il convient de donner à un texte, sans créer aucun droit ni aucune obligation à la charge des administrés), ni comme un simple règlement (lequel oblige sur tel ou tel point considéré, à décider dans un tel ou tel sens et crée des droits à cet égard) mais comme norme d'orientation devant guider l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire : son objet est de formuler la doctrine générale qui va inspirer l'autorité compétente pour prendre la décision ; elle opère comme une sorte de « codification des motifs » susceptible d'être prise en compte par l'auteur de l'acte »* <sup>76</sup>. Pour P. Delvolvé *« la directive est destinée à faciliter l'exercice du pouvoir discrétionnaire »* <sup>77</sup> et pour J. Boulouis il s'agit d'une *« sorte de codification préalable du pouvoir discrétionnaire dont dispose une autorité par cette même autorité »* <sup>78</sup>. Le Conseil d'Etat a reconnu la validité de telles *« orientations »* <sup>79</sup>, à condition que la directive fasse référence à des critères objectifs <sup>80</sup>.

La doctrine italienne a développé une approche plus complexe du phénomène de la directive. Certains auteurs comme V. Cerulli Irelli rassemblent sous le nom d'actes d'*auto-limitation*, les actes de l'administration *« qui ne produisent pas directement des effets mais sont destinés à avoir des conséquences sur l'activité administrative décisionnelle successive »*. Ils y classent *« les directives et les actes au moyen desquels l'administration*

---

<sup>75</sup> *« L'intention d'agir dans un certain esprit affirmé par un pouvoir discrétionnaire est ce qu'on appelle directive, c'est-à-dire règle que le pouvoir s'impose à lui-même »*, note sous CE, 17 juillet 1925, *Association amicale du personnel de la Banque de France*, S. 1925, 3, 33.

<sup>76</sup> PICARD (E.), "Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif français", *art. cit.*, 309.

<sup>77</sup> DELVOLE (P.), "La notion de directive", *AJDA*, 1974, 459-473, 462.

<sup>78</sup> BOULOUIS (J.), "Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques 'les directives'", *Mélanges Eisenmann*, 192-203, 192.

<sup>79</sup> CE, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, 750, concl. BERTRAND; *RDP*, 1971, 1124, note WALINE; *JCP*, 1972, II, 17232, note FROMONT.

<sup>80</sup> CE, 18 novembre 1977, *Société Entreprise Marchand*, 442, concl. FRANC.

détermine les critères et les modalités pour l'exercice des pouvoirs discrétionnaires »<sup>81</sup>. Cette opinion doctrinale a été confirmée par le législateur. L'article 26 de la loi du 7 août 1990 n. 241 sur la procédure d'adoption des actes administratifs définit la directive comme « tout acte qui dispose en général sur l'organisation, les fonctions, les objectifs, les procédures d'adoption au sein d'une administration ou dans lequel est déterminée l'interprétation de normes juridiques ou sont dictées des dispositions pour l'application de normes juridiques »<sup>82</sup>. Mais pour d'autres auteurs la directive ne viendrait pas tant de l'administration qui exerce le pouvoir discrétionnaire que de l'administration qui est dans une position supérieure à celle qui exerce le pouvoir discrétionnaire. Ces auteurs placent le phénomène des directives dans le cadre plus général des rapports de direction qui peuvent exister entre administrations distinctes. Pour S. Cassese, « la direction est le rapport selon lequel une administration donne des orientations (ou des directives, ce qui est la même chose) à une autre, s'informe de son activité et vérifie l'application des directives qu'elle a données »<sup>83</sup>. M. S. Giannini a précisé que le rapport de direction, matérialisé sous forme de directive, limite le pouvoir discrétionnaire de l'autorité subordonnée sur laquelle il s'exerce<sup>84</sup>. L'encadrement du pouvoir discrétionnaire ne semble pouvoir être exercé que par les autorités placées dans une position de direction (ou, selon une expression plus ancienne, mais peut-être plus expressive dans une position de *hiérarchie impropre*, impropre car les directives ne sont pas des ordres) et non par les autorités chargées de déterminer concrètement l'intérêt public<sup>85</sup>.

Du point de vue du contentieux, les juridictions administratives des deux pays ont pareillement accueilli les recours pour excès de pouvoir portés contre des actes qui violeraient des directives<sup>86</sup>. Cela signifie que pour les deux ordres juridiques les directives ne sont certes

---

<sup>81</sup> CERULLI IRELLI (V.), *Corso di diritto amministrativo*, op. cit. 1999, 563. Voir également, VIPIANA (V.), *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990.

<sup>82</sup> Mais cette définition n'a pas de portée absolue puisque le but de l'article 26 est seulement d'obliger les administrations qui en sont à l'origine de publier ces actes, parfois sur la *Gazette officielle*.

<sup>83</sup> CASSESE (S.), *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 1995, 175.

<sup>84</sup> GIANNINI (M.S.), *Diritto amministrativo*, II, 3a ed., 1993, 315 et D'ALBERGO (S.), "Direttiva", *Enc. Dir.*

<sup>85</sup> Position conforme à ce que les tenants de la théorie réaliste s'attachent à montrer, à savoir que l'administration dispose nécessairement d'une marge d'autonomie vis-à-vis de la loi et que le principe de légalité ne peut plus être compris de manière aussi stricte qu'il l'a longtemps été, comme subordonnant étroitement l'action de l'administration au commandement de la loi.

<sup>86</sup> C'est sans doute plus net en Italie qu'en France puisque dès 1912 le Conseil d'Etat italien a fait de la violation de circulaire une figure symptomatique de l'excès de pouvoir (CS IV, 26 septembre 1912, *Guir. It.*, 1912, III, c. 108 avec note F. CAMMEO, *La violazione di circolare come vizio di eccesso di potere*). Circulaire signifie ici directive par synecdoque car c'est l'acte par lequel la directive est en général adoptée. Sur la notion de figure symptomatique de l'excès de pouvoir qu'il soit permis de renvoyer à LAFARGE (F.), "Le contrôle des décisions de l'administration en Italie", *AJDA*, 1999, 678-689. En France, voir la décision précitée du Conseil d'Etat de 1970, *Crédit foncier de France*.

pas des actes normatifs (bien que le Conseil d'Etat français ait à leur égard parlé de *normes*)<sup>87</sup> mais bien des actes para-normatifs.

La différence entre la conception française de l'intérêt général et la conception italienne des intérêts publics n'a pas que des effets sur l'identification, plus ou moins abstraite, des intérêts publics par les lois, elle entraîne également des conséquences quant à la seconde opération logique, celle de la détermination, plus ou moins concrète, par les administrations du contenu des intérêts publics identifiés par les lois.

## ***§ 2 La détermination concrète par les administrations du contenu des intérêts publics identifiés par les lois en général***

Dans ce domaine, la première conséquence de la différence des conceptions de l'intérêt général / intérêts publics porte sur l'organisation même des deux administrations d'Etat (A.). La seconde conséquence regarde les modalités selon lesquelles ces administrations déterminent plus ou moins concrètement le contenu des intérêts publics identifiés par les lois (B.).

### **A. L'organisation des administrations d'Etat chargées de la détermination concrète des intérêts publics**

L'organisation administrative de l'Etat est un des domaines où se concrétise le plus visiblement la différence des conceptions de l'intérêt général / intérêts publics entre la France et l'Italie.

Cette différence concourt, à notre avis, à expliquer pourquoi la réalité de l'administration, à savoir sa désagrégation et la multiplicité qui en résulte, n'est pas perçue (ou n'est pas acceptée) de la même manière en France et en Italie (1), pourquoi les structures administratives sont considérées comme plus fongibles en France qu'elles ne le sont en Italie (2) et enfin pourquoi la France et l'Italie réagissent différemment aux conséquences négatives introduites par la multiplicité des administrations (concurrence, conflits, blocages) (3).

---

<sup>87</sup> « La Commission nationale s'est référée aux normes prévues dans ses propres directives », lit-on dans la décision *Crédit foncier de France*.

### 1) Les administrations compactes et les administrations désagrégées

La distinction élaborée par M.S. Giannini entre les systèmes administratifs compacts et les systèmes administratifs désagrégés paraît être la grille théorique la plus claire et la plus utile pour expliquer la répercussion de chaque conception de l'intérêt général / intérêts généraux sur l'organisation administrative des deux Etats.

M. S. Giannini avait conclu, dans une première étape de sa réflexion « réaliste » sur les pouvoirs publics, que l'introduction du suffrage universel avait eu pour conséquence l'expression, non plus d'un intérêt homogène correspondant à une classe précise ou à un ensemble de classes relativement homogène, mais de plusieurs intérêts hétérogènes, chacun propre à une classe ou à un groupe particulier. L'Etat, en faisant concrètement sien ces intérêts, les faisait devenir « publics »<sup>88</sup>.

Selon l'auteur, les administrations des Etats monoclasse étaient des administrations « compactes » car elles n'étaient servantes que d'un seul intérêt, ou tout au plus d'un groupe réduit d'intérêts qui n'étaient que peu hétérogènes<sup>89</sup>. Le passage de l'Etat monoclasse à l'Etat pluriclasse entraîna un changement radical de la conception de l'administration. Chaque nouvel intérêt pris en charge par l'Etat s'est cristallisé dans une structure administrative propre. Il a pu être, dès sa reconnaissance légale, confié à une administration *ad hoc*. Il a également pu être confié à une administration existante qui pouvait avoir déjà la charge d'autres intérêts publics proches mais distincts. Dans ce dernier cas on observe bien souvent que, placés au sein d'une structure administrative plus large les services auxquels sont confiés le nouvel intérêt public acquièrent, rapidement ou lentement, leur autonomie institutionnelle en se détachant peu à peu de leur administration d'origine et en renforçant leur propre appareil. Un très bon exemple de ce mécanisme qu'on pourrait qualifier de scissiparité administrative est le détachement progressif d'une administration chargée des biens culturels du sein des différentes structures administratives (ministère de l'instruction publique, ministère de l'intérieur) aux quelles l'intérêt public en matière de biens culturels avait été à l'origine confié en France et en l'Italie.

En conséquence, l'administration de l'Etat monoclasse était une, celle de l'Etat pluriclasse est multiple, composée de toutes les administrations porteuses d'un intérêt public. Selon la formule de M.S. Giannini, l'administration de l'Etat pluriclasse n'est plus qu'une « parenté organisée d'administrations diverses », elle est désagrégée<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> GIANNINI (M.S.), *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, [1986], 1997.

<sup>89</sup> GIANNINI (M.S.), *Il pubblico potere op. cit.*, 75.

<sup>90</sup> GIANNINI (M.S.), *Il pubblico potere op. cit.*, 79.

Mais la désagrégation de l'administration n'a pas été reconnue de la même manière en France et en Italie.

L'Italie n'en a jamais fait mystère. L'expression d'*administration désagrégée* employée par M.S. Giannini n'a pas été reprise, car sans doute trop péjorative, mais la réalité qu'elle décrivait a été exprimée par des expressions telles que *pluralisme administratif* ou *administration multi organisationnelle*. Toutes les descriptions du système administratif italien commencent par présenter cette caractéristique qui est jugée fondamentale. On lit par exemple dans le chapitre consacré à l'organisation du récent *Traité de droit administratif* dirigé par S. Cassese que « *dans le second après guerre, le pluralisme (administratif) s'accroît graduellement (surtout parce que le phénomène du recours à l'institution des établissements publics augmente de même que celui de l'érosion des pouvoirs du préfet) au point de devenir un caractère particulier du système contemporain* »<sup>91</sup>.

En France, la clé de voûte que constitue l'intérêt général a empêché non pas de constater mais de penser l'évolution des réalités administratives, c'est-à-dire, la fin de l'administration compacte. Comme le fait remarquer N. Belloubet « *L'Etat n'est plus, s'il l'a jamais été, un centre de décision mais un agrégat diffus de structures hétérogènes* »<sup>92</sup>. Mais ce caractère désagrégé qu'on ne peut pas ne pas percevoir dans les faits est constamment masqué par le voile idéologique de l'intérêt général. On assiste alors à une lutte permanente entre la réalité, c'est-à-dire la multiplicité et la désagrégation de l'administration et la force d'inertie de la représentation théorique/idéologique de cette administration qui est arrêtée, bloquée sur la vision d'une administration unique, à laquelle elle tente toujours de réduire les administrations.

## 2) La fongibilité française et la non fongibilité italienne des structures administratives

Si l'on accepte de prendre une bonne distance de recul afin de cerner les phénomènes à des tailles qui permettent la comparaison on pourrait dire que le système administratif italien se résume à une équation simple : les intérêts publics sont identifiés (plus ou moins) abstraitement par les lois qui en confient la réalisation concrète à des structures administratives spécialisées. A chaque structure administrative légale correspond une fonction propre légale, un intérêt public à remplir. En Italie, du point de vue juridique la notion d'administration s'articule autour de trois éléments : « *avant tout, le législateur définit (...)*

---

<sup>91</sup> FRANCHINI (C.), "L'organizzazione", CASSESE (S.) a cura di, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, T. I, Giuffrè, 2000, 245.

<sup>92</sup> BELLOUBET (N.), "L'administration vers un nouveau modèle" in TIMSIT (G.), *Archipel de la norme*, PUF, 1997, 88.

*une activité juridique finalisée à un but [c'est l'identification abstraite de l'intérêt public] ; puis elle l'attribue à une articulation organisationnelle ; enfin, elle confère à cette dernière les pouvoirs nécessaires à sa mise en œuvre »* <sup>93</sup>. En conséquence, à moins qu'une loi ultérieure ne le décide, la réalisation concrète d'un intérêt public ne peut être attribuée à une administration différente que celle désignée par la loi qui a identifié l'intérêt public abstraitement. Les administrations italiennes ne sont donc pas fongibles, ou du moins, leur fongibilité ne dépend-elle que de la loi. Le droit positif sanctionne ce principe au niveau le plus élevé puisque l'article 97 alinéa 1 de la Constitution de 1948 crée une réserve de loi en matière de création et d'organisation des administrations : « *les administrations publiques sont organisées selon des dispositions législatives, de façon à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration* » <sup>94</sup>.

Le système administratif français présente une toute autre physionomie. L'intérêt général a tendance à faire obstacle à que les lois attribuent rigidement les pouvoirs qu'elles prévoient à des administrations *ad hoc*. En outre, à partir du moment où, en France, l'administration en général est encore considérée comme « compacte », les administrations particulières sont considérées comme théoriquement fongibles puisque au-delà des différents intérêts publics qu'elles assurent, au-delà qui n'existe pas en Italie, elles concourent toutes en fin de compte à la réalisation concrète de l'intérêt général, de l'unique intérêt général. Le droit positif sanctionne cette approche puisqu'en France, contrairement à l'Italie, la constitution qui délimite le domaine de la loi, ne prévoit pas de réserve de loi en matière d'organisation administrative. La création et l'organisation des administrations de rang ministériel relèvent donc du règlement comme le prévoient la loi n°45-01 du 24 novembre 1945 *relative aux attributions des ministres et à l'organisation des ministères* et le décret du 15 juin 1987 *relatif à l'organisation des services d'administration centrale* <sup>95</sup>. En vertu de l'article 2 de ce décret « *l'organisation des services centraux de chaque ministère en directions générales, directions et services est fixée par décret en Conseil d'Etat* ». Cette attitude entraîne deux conséquences.

Premièrement, les dispositions des lois qui concernent l'organisation administrative sont considérées *ratione materiae* comme ayant un caractère réglementaire. En application de l'article 37 alinéa 2 de la constitution ces constatations relèvent du Conseil d'Etat ou du

---

<sup>93</sup> FRANCHINI (C.), "L'organizzazione", *art. cit.*, 240.

<sup>94</sup> Réserve de loi relative, GIANNINI (M.S.), *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1993, 340.

<sup>95</sup> Décret n°87-389. En vertu de réserves de loi, les catégories d'établissement public (réserve de loi explicite figurant à l'article 34 de la Constitution) et les autorités administratives indépendantes (réserve de loi moins explicite, voir par exemple CC, 26 juillet 1984, n°84-173 DC, 63) doivent être créées par un vote du Parlement.

Conseil constitutionnel qui se prononcent tous les deux à la demande du gouvernement <sup>96</sup>. Le Conseil d'Etat est compétent lorsque le gouvernement estime que des lois antérieures à 1958 sont intervenues dans un domaine qui, sous l'empire de la Constitution de 1958, est considéré comme de la compétence du pouvoir exécutif. Le Conseil constitutionnel est compétent lorsque le gouvernement estime que des lois postérieures à 1958 sont intervenues dans un domaine qui relève *de jure* de la compétence du pouvoir exécutif. Il se prononce, le cas échéant, par le biais de déclarations de déclassement. L'ensemble de ses déclarations constitue la jurisprudence constitutionnelle "L". C'est ainsi que les gouvernements ont demandé, depuis l'entrée en vigueur de la constitution de 1958, que toutes les dispositions des lois patrimoniales qui prévoyaient l'attribution de tel ou tel pouvoir à une autorité administrative quelle qu'elle soit, soient "délégalisées". Et ces dispositions, à la suite des avis du Conseil d'Etat ou des déclarations du Conseil constitutionnel, ont perdu leur rang et leur force légale pour "tomber" dans le domaine réglementaire. En ce qui concerne les fouilles archéologiques (loi du 27 septembre 1941 - 9 août 1944 modifiée) et la protection des monuments naturels et des sites (loi du 2 mai 1930 modifiée) le gouvernement a saisi le Conseil constitutionnel <sup>97</sup>. En ce qui concerne la protection des monuments historiques (loi du 31 décembre 1913 modifiée) le gouvernement a saisi le Conseil d'Etat. Toutes les dispositions légales qui identifiaient précisément les autorités compétentes (« le préfet », « le ministre ») ont été remplacées par la formule « l'autorité compétente » introduite par décret. Quelle que soit la procédure de déclassement qui a été adoptée, c'est désormais l'administration elle-même qui est compétente pour attribuer les pouvoirs légaux à l'autorité de son choix.

Deuxièmement, les structures administratives chargées de déterminer concrètement le contenu d'un intérêt public légalement identifié peuvent faire l'objet de découpages et de rattachements à des ensembles administratifs ministériels plus larges sur simple décision du pouvoir exécutif. Ces modifications sont l'illustration, sous l'angle de l'organisation administrative, de l'inégalité et de la hiérarchie des intérêts publics qu'on a déjà observées précédemment. Elles ne sont en effet que la conséquence de l'importance politique de l'intérêt public porté par telle ou telle structure administrative et ils ne dépendent, au mieux de choix de politique gouvernementale, au pire de rapports de force entre départements ministériels. Il

---

<sup>96</sup> LE MIRE (P.), *La loi et le règlement : articles 34, 37 et 38 de la Constitution de 1958*, La Documentation française, coll. Documents d'Etudes, 1994, 26 ss.

<sup>97</sup> Décisions relatives à la loi du 2 mai 1930 modifiée sur la protection des monuments naturels et des sites : DC, n°69-53 L, 27 février 1969 *Recueil* p. 23, DC n°69-55 L du 26 juin 1969, *Recueil*, p. 27, DC n°70-59 L du 23 février 1970, *Recueil*, p. 33, DC n°80-120 L du 30 décembre 1980, *Recueil*, p. 78, DC n°88-158 L du 13 juillet 1988, DC n°98-183 du 5 mai 1998. Décision relative à la loi du 27 septembre 1941 modifiée sur les fouilles archéologiques : DC, n°93-175 L du 22 septembre 1993.



existe un exemple emblématique de ce phénomène dans le domaine de l'organisation de l'administration chargée des monuments historiques. En 1978 un secteur entier de compétence fut ainsi retiré au ministère de la culture pour être remis au ministère de l'urbanisme. Il concernait toutes les compétences relatives à l'application de deux lois patrimoniales : la loi sur les monuments naturels et les sites de 1930 et la loi sur les secteurs sauvegardés de 1962. Les compétences relatives à la loi de 1913 furent partagées entre les deux ministères : celles concernant les abords de ces mêmes monuments furent remises au ministère chargé de l'urbanisme ; celles concernant les monuments historiques *stricto sensu* furent laissées au ministère de la culture où elles furent regroupées dans une nouvelle « Direction du patrimoine » <sup>98</sup>. Cette amputation fut vécue comme un véritable traumatisme au ministère de la culture. Elle signifiait que l'intérêt public en matière de monuments historiques était réduit aux strictes dimensions physiques de ces monuments et que la dimension patrimoniale qui pouvait exister de manière diffuse sur des territoires ou des ensembles (sites, quartiers anciens, centres historiques) était fondue dans l'intérêt public plus large de l'aménagement du territoire, lui-même ensemble composite d'autres intérêts (urbanisme, politique foncière, transports). En dehors des monuments, l'intérêt patrimonial n'était qu'un intérêt parmi d'autres et vraisemblablement pas le plus important. Mais 17 ans après, en 1995, toutes les compétences détachées firent retour au ministère de la culture. Il n'y eut qu'une seule exception, la compétence relative à la mise en œuvre de la loi modifiée du 2 mai 1930 sur les monuments naturels et les sites, qui relève désormais (définitivement ?) du ministère de l'environnement, même lorsqu'il s'agit de sites construits. Les compétences recouvrées furent tout d'abord regroupées dans une direction de l'architecture <sup>99</sup>. Elles fusionnèrent ensuite avec la direction du patrimoine pour former en 1998 la direction de l'architecture et du patrimoine <sup>100</sup>. Par comparaison, les compétences du ministère italien chargé des biens culturels et des biens environnementaux, devenu en 1998 ministère des biens et des activités culturelles, paraissent immuables. Les modifications du champ de compétence de l'administration italienne des biens culturels ne sont introduites que par des lois ou par des actes ayant rang législatif comme le rattachement par le décret-loi du 14 décembre 1974 n.657 modifié des archives qui auparavant relevaient du ministère de l'intérieur (article 2 c) <sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Décret du 13 octobre 1978, *JO*, 15 octobre.

<sup>99</sup> Décret n°96-237 du 22 mars 1996, *JO*, 23 mars.

<sup>100</sup> Décret n°98-840 du 21 septembre 1998, *JO*, 22 septembre.

<sup>101</sup> CASSESE (S.), "I beni culturali da Bottai a Spadolini", *Rassegna degli archivi dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1975, 116-142, 130 ss.

### 3) Les réactions face aux conséquences négatives de la multiplicité des administrations

Les différences de conception respectives de l'intérêt général/intérêt public expliquent que la France et l'Italie réagissent différemment face à la désagrégation de l'administration et à la multiplicité des administrations qui en résulte. En Italie, la création des organes de coordination entre les différentes administrations et donc entre les différents intérêts publics est un impératif logique pour surmonter les risques de concurrence, de conflits et de blocage qui sont inhérents à un tel système. En France, la nécessité de coordination n'est pas apparue de manière aussi évidente puisque la conception française de l'intérêt général ne suppose, en théorie, ni la multiplicité des intérêts publics, ni la multiplicité des administrations. Ce qu'elle suppose en revanche, c'est l'existence de lieux où l'intérêt général est apprécié *in toto* c'est-à-dire où convergent tous les intérêts caractérisés, toutes les différentes facettes des mêmes réalités. On qualifiera ces lieux d'autorités administratives générales. Les risques de conflits entre les différents intérêts publics qui existent *de facto* ne sont pas moins grands qu'en Italie mais leur résolution advient par le fait qu'ils sont tous, toujours théoriquement, reconduits au sein d'une appréciation, opérée par les autorités administratives générales, qui en fait la synthèse et qui les dépasse : celle de l'intérêt général. Le Conseil d'Etat l'indiquait dans un arrêt de 1971 qui n'a pas valeur d'arrêt de principe sur ce point mais dont la formulation est révélatrice « *il est conforme à l'intérêt général de satisfaire à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie locale* »<sup>102</sup>. En Italie, où les autorités administratives générales n'existent pas ou n'existent plus, les organes de coordination ont été mis en place à deux niveaux : le niveau central (gouvernemental) et le niveau périphérique (préfectoral). En France, les autorités administratives générales chargées de déterminer concrètement l'intérêt général existent également à ces deux niveaux<sup>103</sup>.

#### a) La réaction du niveau administratif central (ou gouvernemental) à la désagrégation administrative

En France, la Constitution de 1958 prévoit que « *Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement (...)* » (article 21) et que « *Le Gouvernement dispose de l'administration* » (article 20 alinéa 2). Ce pouvoir de direction du Premier ministre a fait l'objet de nombreuses

---

<sup>102</sup> CE, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, 561, *AJDA*, 1972, 227 note Homont, c'est nous qui soulignons.

<sup>103</sup> Les deux droits français et italiens connaissent d'autres instruments de coordination de l'action administrative : l'interministérialité en France, les conférences de service, les accords de programme et la procédure d'adoption des actes administratifs en Italie. Ils seront abordés dans la seconde partie relative à la détermination concrète de l'intérêt général avec l'analyse des conflits et de la hiérarchie entre les différents intérêts publics identifiés par la loi.

discussions afin de savoir s'il comprenait ou non un pouvoir hiérarchique sur les autres ministres <sup>104</sup>. La réponse est vraisemblablement négative car selon le Conseil d'Etat le Premier ministre ne dispose pas d'un élément caractéristique du pouvoir hiérarchique, le pouvoir de substitution. Il ne peut se substituer à un ministre pour prendre une mesure qui relève de la compétence de ce dernier <sup>105</sup>. Mais deux modes d'action dont dispose le Premier ministre au titre de son pouvoir de décision sont assez proches de modes d'action typiques du pouvoir hiérarchique. Premièrement, le Premier ministre adresse des instructions et des directives personnelles aux ministres. La faculté de donner des ordres est un élément caractéristique du pouvoir hiérarchique. Deuxièmement, il intervient également par voie d'arbitrages pour trancher des différends entre ses ministres, or, l'arbitrage s'analyse comme un pouvoir d'évocation qui est aussi un élément caractéristique du pouvoir hiérarchique <sup>106</sup>. A titre d'exemple, c'est en procédant à un arbitrage qu'en janvier 1997 le premier ministre A. Juppé a donné et imposé une interprétation de la loi sur les fouilles archéologiques du 21 septembre 1941 - 9 août 1944 différente de celle habituellement faite par l'administration compétente <sup>107</sup>. Selon le premier ministre, et contrairement à la pratique que suivait jusque là l'administration chargée des fouilles archéologiques, la loi ne permet pas d'imposer le financement de fouilles de sauvetage à l'aménageur qui découvre des vestiges archéologiques au cours de ses travaux. L'affaire avait éclaté à propos de découvertes archéologiques faites par un aménageur privé dans le centre historique de la ville de Rodez. A la suite de l'intervention du Premier ministre l'aménageur a pu poursuivre ses travaux sans que des fouilles de sauvetage ne soient préalablement menées <sup>108</sup>. Deux autres dispositions de droit public positif rapprochent encore le Premier ministre de la figure d'une autorité hiérarchique. Tout d'abord, le Premier ministre est le seul organe du gouvernement qui dispose du pouvoir réglementaire (« *Le Premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire* » (article 21.1 de la Constitution). Ensuite, il est également titulaire, sur le fondement de la jurisprudence du

---

<sup>104</sup> « *Le Premier ministre est conçu comme devant diriger l'ensemble du Gouvernement, ce qu'il fait notamment par voie d'instructions adressées à l'ensemble des membres du Gouvernement. Si cette fonction ne lui confère pas un véritable pouvoir hiérarchique sur les autres membres du Gouvernement, le Premier ministre acquiert cependant un important pouvoir de coordination et d'arbitrage entre les points de vue éventuellement divergents émis par les membres du Gouvernement* », (M.), "Question n° 7 : La place du gouvernement dans la Constitution de 1958", in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/quarante/q07.htm>.

<sup>105</sup> CE, 12 novembre 1965, *Compagnie marchande de Tunisie*, AJDA, 1966 avec les conclusions N. Questiaux, 167.

<sup>106</sup> RENOUX (T.S.), VILLIERS (M. de), *Code constitutionnel*, Litec, 1994, 293.

<sup>107</sup> BURNOUF (J.), "Les murs de Rodez" *L'Histoire*, n° 210, mai 1997, 98.

<sup>108</sup> L'affaire est devenue un argument supplémentaire pour ceux qui militaient en faveur de l'adoption d'une loi sur l'archéologie préventive, qui a finalement été votée le 17 janvier 2001 (n°2001-44, *JORF*, 18 juin).

Conseil d'Etat, d'une compétence de police administrative générale <sup>109</sup>. Les ministres ne disposent ni de l'un ni de l'autre.

En Italie, le Président du Conseil des ministres dispose sur ses ministres d'un pouvoir très différent de celui du premier ministre français. L'analyse en terme de pouvoir hiérarchique, défendable jusqu'à un certain point en France, est impossible en Italie. L'article 95 alinéa 1 de la constitution dispose que « *le président du Conseil dirige la politique générale du gouvernement et en est responsable* » Mais ce pouvoir de direction n'est pas semblable à celui qui est attribué au Premier ministre français. L'article 95.1 poursuit en effet : « *(le président du conseil) maintient l'unité d'orientation politique et administrative, promouvant et coordonnant l'activité des ministres* ». Chaque ministre incarne le ou les intérêts publics qui lui ont été confiés par une ou plusieurs lois. Il en est l'ultime responsable. Au Premier ministre n'est confié qu'une mission de coordination entre ces intérêts qui ne passe pas par la possibilité d'arbitrer un conflit entre deux ou plusieurs intérêts, c'est à dire d'en choisir un au détriment de l'autre ou des autres, mais qui ne vise que la recherche d'un accord, d'un consensus, d'une voie moyenne. Deux réformes récentes ont toutefois légèrement modifié ce schéma. Depuis la loi n°400 de 1988 *sur l'organisation de l'activité de gouvernement et de la Présidence du Conseil des ministres* le Président du Conseil peut suspendre des actes des ministres. Mais ce pouvoir ne peut être exercé qu'après avis du Conseil des ministres (article 2 alinéa 2 a et article 5 alinéa 1). La seconde réforme a été introduite par la loi du 7 août 1990 n°241 *Nouvelles normes en matière de procédure d'adoption (...)* qui a prévu à l'article 14 alinéa 4 que lorsque certaines administrations (en particulier celle chargée de la protection du patrimoine historico-artistique mais aussi celles chargées de la protection de l'environnement, du paysage et du territoire, de la santé publique) « *s'opposaient à un projet de travaux publics qui porterait atteinte à un bien (protégé)* », l'administration responsable des travaux ne pouvait passer outre mais pouvait demander de trancher au Président du Conseil, du moment qu'il n'existait pas d'évaluation d'impact négative du projet <sup>110</sup>. Ce mécanisme a été utilisé à propos du creusement d'une rampe d'accès à un parc de stationnement souterrain d'autobus à Rome. Le ministre des biens et des activités culturels s'opposait à ces travaux, engagés dans le cadre du Jubilé de l'an 2000, qui risquaient en effet de porter atteinte à des vestiges archéologiques. Le Président du Conseil est passé outre à l'opposition du ministre des biens et des activités culturels et a donné son

---

<sup>109</sup> CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, *GADA*, CE, 8 août 1919, *Labonne*, *GAJA*, CE, Ass., 13 mai 1960, *SARL Restaurant Nicolas*, 324.

<sup>110</sup> *GURI*, 18 août 1990 n°192. Cette disposition a été reprise par l'article 25 du texte unique.

autorisation à la poursuite du chantier (ce mécanisme sera étudié plus en détail au § 3 ci-dessous avec l'analyse des conflits et de la hiérarchie entre les différents intérêts publics identifiés par les lois).

On pourrait estimer que cette analyse fait la part trop belle à un déterminant bien lointain, à savoir la conception que chaque système juridique national se fait de l'intérêt général / des intérêts publics, pour expliquer des règles vis-à-vis desquelles les contextes constitutionnel et politique sont autrement plus déterminants <sup>111</sup>. Il ne nous semble pas. L'examen de l'autre niveau de réaction face à la désagrégation de l'administration, le niveau périphérique ou préfectoral, devrait renforcer notre hypothèse.

b) La réaction du niveau administratif déconcentré ou périphérique à la désagrégation de l'administration

Au niveau déconcentré ou périphérique, la Constitution française attribue au préfet la détermination concrète de l'intérêt général. Cette attribution est parallèle à celle de la détermination concrète de l'intérêt général que la Constitution a réalisée, au niveau national ou central, en faveur du gouvernement en général et du Premier ministre en particulier. L'article 72 alinéa 3 de la Constitution indique que « *[D]ans les départements et les territoires, le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux, (...)* ». Placé plutôt à l'extérieur qu'au-dessus de la société locale, c'est la position classique des instances chargées de définir l'intérêt général en France, le préfet doit assurer le respect local de l'intérêt général. En tant qu'autorité administrative générale il lui revient d'apprécier tous les intérêts en présence et de les dépasser en déterminant concrètement ce qu'est l'intérêt général *sub specie*. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler ce rôle dans une importante affaire où deux intérêts publics étaient en conflit (où deux polices spéciales étaient en concurrence selon la terminologie classique) : l'intérêt public des transports (la construction d'une autoroute) et l'intérêt public de la protection d'un monument prestigieux (la Grande terrasse de Saint Germain en Laye). Il a déclaré « *qu'il ne ressortait d'aucun élément du dossier que le préfet n'aurait pas fait usage de son pouvoir d'appréciation sur la compatibilité du projet d'autoroute A14 avec l'intérêt général à raison duquel la Grande Terrasse a fait l'objet d'une mesure de classement* » <sup>112</sup>. Comme l'a rappelé le préfet P. Bernard « (...) *l'arbitrage en*

---

<sup>111</sup> VERGOTTINI (G.), *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 1991, 436-440.

<sup>112</sup> CE, Ass., 3 mars 1993, *Ministre de l'Equipement, du logement et des transports c. Commune de Saint-Germain-en-Laye et autres*, n°142226, 60. Cette décision importante fera l'objet de développements plus approfondis dans la seconde partie. Les nombreux commentaires auxquels elle a donné lieu seront cités à ce moment-là.

*faveur de l'intérêt général devient un moyen d'expression de l'autorité, qui, au lieu de s'imposer par imperium, se mérite par la disposition harmonieuse des intérêts en présence »*

<sup>113</sup>. Dans une parfaite cohérence avec les prémisses théoriques du système français, le préfet, autorité administrative générale au niveau déconcentré, est le point où convergent toutes les différentes polices administratives spéciales. De la sorte, la fiction de l'intérêt général substantiel et unique est maintenue et le système conserve une certaine cohérence. En effet, il n'existe pas de police administrative dont la mise en œuvre ne relève pas du préfet en premier ou en second ressort (et sous réserve de quelques facultés d'évocation accordées aux ministres). Ce choix, illustré par de nombreux signes avant-coureurs, a été fait très clairement en 1992 lorsque la loi du 6 février 1992 et le décret du 1<sup>er</sup> juillet 1992 *portant charte de la déconcentration* ont posé comme principe que les compétences de l'Etat s'exerçaient par principe au niveau déconcentré et par exception au niveau national.

Il était donc nécessaire que dans la longue discussion qui opposa les tenants de la *«déconcentration dans le cadre de l'administration générale (c'est-à-dire entre les mains du préfet) et (les tenants de) la déconcentration dans le cadre des administrations spéciales, c'est-à-dire entre les mains des divers chefs départementaux de ces administrations»* <sup>114</sup>, le choix se soit, définitivement semble-t-il, porté en faveur du préfet et non en faveur des chefs de service des administrations déconcentrées par les décrets du 26 septembre 1953 et du 14 mars 1964. La principale conséquence de ce choix est que le pouvoir hiérarchique est pleinement et explicitement reconnu au préfet vis-à-vis des chefs des administrations civiles déconcentrées, alors qu'il n'avait été qu'implicitement et imparfaitement reconnu au premier ministre sur les ministres. Selon l'article 1 du décret n°82-389 du 10 mai 1982 le préfet *«dirige, sous l'autorité des ministres concernés, les services déconcentrés des administrations civiles de l'Etat dans le département»* (sauf l'éducation nationale, le trésor public, les impôts et l'inspection du travail). A ce titre, poursuit l'article 6 alinéa 2 du même décret, il *«a autorité directe sur les chefs des services, les délégués ou correspondants de ces administrations, quelles que soient la nature et la durée des fonctions qu'ils exercent»*. Et enfin il *«prend les décisions dans les matières entrant dans le champ des compétences des administrations civiles de l'Etat exercées à l'échelon du département»* (article 6 alinéa 1) <sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> BERNARD (P.), *Le préfet de la république - Le chêne et l'olivier*, Economica, 1992, 55.

<sup>114</sup> LAUBADERE (A. de), *Traité de droit administratif*, LGDJ, 104.

<sup>115</sup> De la même manière le préfet *«préside de droit toutes les commissions administratives qui intéressent les services de l'Etat dans le département (...»* (article 13). Depuis le décret n°97-43 du 15 janvier 1997 il est compétent pour prendre *« les décisions individuelles entrant dans le champ des compétences des administrations publiques de l'Etat »*. En outre, le préfet est seul compétent pour recevoir les attributions qu'un ministre pourrait déléguer à l'échelon local et pour recevoir *«les*

En matière de protection des monuments historiques, on observera, dans la seconde partie de ce travail, que c'est désormais autour du préfet de région, autorité administrative générale, que se concentre l'ensemble des pouvoirs que la loi modifiée du 31 décembre 1913 attribue à l'Etat.

En Italie, la figure du préfet existe mais elle est beaucoup plus différente de la figure du préfet français que les apparences pourraient le laisser croire. Le préfet italien n'est pas chargé, comme en France, de définir localement un intérêt général qui, selon la conception italienne analysée ci-dessus, n'existe pas. Il représente certes le gouvernement. L'article 19 du texte unique sur les communes et sur les provinces de 1934 indique qu'*« il représente le pouvoir exécutif dans la province »* mais il ne dispose vis-à-vis des administrations périphériques de l'Etat dans la *provincia*, l'équivalent du département, que de tâches de coordination et non de direction, les mêmes, *mutatis mutandis*, que celles dont dispose le Président du Conseil vis-à-vis des ministres. C'est à ce titre qu'il préside le Comité provincial de l'administration publique composé entre autres *« des responsables des services déconcentrés des administrations d'Etat (...) »* (article 17 de la loi du 12 juillet 1991 n.203). Cette coordination s'exerce vis-à-vis des différentes administrations spécialisées, auxquelles il revient de déterminer concrètement les intérêts publics, sans qu'il soit jamais possible pour le préfet de s'y substituer ou d'exercer sur elles un quelconque pouvoir hiérarchique. Le comité provincial de l'administration publique n'a de pouvoir vis-à-vis des administrations que pour en éliminer les *« carences, inefficacités, ou dysfonctionnements »*. Finalement, en dehors de ces compétences en matière de coordination le préfet n'est qu'une autorité déconcentrée de l'Etat dans la province parmi d'autres, spécialement chargée de la sécurité et du maintien de l'ordre.

Le préfet n'existe sous ce nom qu'au niveau de la province. L'autonomie régionale s'accommodait mal d'un nom (à défaut de compétences) synonyme d'autorité. C'est donc sous le nom de commissaire du gouvernement qu'une figure comparable a été créée auprès des régions. Un certain nombre d'éléments auraient pu faire croire que ces commissaires disposaient d'un relatif pouvoir sur les administrations déconcentrées de l'Etat au niveau régional et qu'ils auraient pu constituer un palier hiérarchique. Tout d'abord, les commissaires relèvent directement de la Présidence du conseil et non du ministère de l'intérieur comme les préfets. Ensuite ils disposent de pouvoirs *« de surintendance des fonctions administratives exercées par l'Etat et de coordination de ces fonctions avec celles exercées par les régions »*

---

*pouvoirs de décision nouveaux dont viendraient à être investis des services qui exercent leur activité à l'échelon du département»* (article 14).

qui leur ont été directement attribués par la constitution (article 124). En pratique tout cela reste lettre morte. La législation censée définir, à partir des critères constitutionnels, le rôle des commissaires (article 13 de la loi n. 400 de 1988) ne leur donne aucun des pouvoirs nécessaires à remplir la tâche constitutionnellement fixée de surintendance et la Cour constitutionnelle estime que les pouvoirs de ces hauts fonctionnaires relèvent du « *principe de coopération dans sa forme la plus authentique* » <sup>116</sup>.

On doit toutefois observer que l'institution préfectorale évolue dans chaque pays. En France, des secteurs entiers de l'administration d'Etat échappent au préfet. Les agences régionales de l'hospitalisation qui ont été récemment créées ne dépendent pas de lui. Le directeur de ces agences relève directement du ministre. En Italie, S. Cassese a soutenu que des attributions récentes de compétences plus larges au préfet pouvaient faire penser que ce dernier évoluait de la figure d'organe de coordination à celle d'autorité administrative générale <sup>117</sup>. A notre avis cependant, ces évolutions n'ont pas encore atteint la masse critique qui ferait s'éloigner les figures respectives du préfet français et du préfet italien de leur statut d'origine.

#### **B. Les modalités de détermination concrète par les administrations du contenu des intérêts publics identifiés par les lois.**

Les modalités de détermination concrète par les administrations du contenu des intérêts publics identifiés par les lois présentent des traits communs dans les deux systèmes. Mais l'identité, lorsqu'il y a, ne se poursuit que jusqu'à un certain point. La différence de conception entre l'intérêt général français et les intérêts publics italiens entraîne dans ce domaine des différences plus substantielles qu'une mise en rapport superficielle pourrait le laisser croire. On le constatera au travers de l'étude de l'aspect formel de la détermination concrète par les administrations du contenu des intérêts publics identifiés par les lois, à savoir les actes administratifs unilatéraux (1) et de l'aspect substantiel de cette même détermination, à savoir le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration (2).

---

<sup>116</sup> Corte cost., n.242, 1989.

<sup>117</sup> CASSESE (S.), "Il prefetto come autorità amministrativa generale", *Le Regioni*, 1992, 331-337.



# 1) Les aspects formels : les actes administratifs unilatéraux

## a) L'identité du caractère et des effets des actes administratifs unilatéraux dans les deux systèmes

La détermination concrète par les administrations du contenu des intérêts publics identifiés par les lois a longtemps coïncidé, en droit italien comme en droit français, avec l'exercice d'une prérogative de puissance publique fondamentale : l'action unilatérale. Les systèmes de protection légaux des biens culturels et les moyens d'action qu'ils confèrent à l'administration ont été élaborés à une époque où cette coïncidence était encore valable.

Dans un souci de simplicité et afin de faciliter la comparaison on va raisonner sur les définitions respectives que chaque système donne de l'acte administratif unilatéral. En Italie comme en France aucune définition n'a été donnée par la loi ni par la jurisprudence, bien que l'une ou l'autre puisse fournir des éléments de définition. C'est donc la doctrine qu'il faut interroger. Les définitions les plus autorisées, ont été données par M. S. Giannini pour l'Italie et P. Delvolvé pour la France. Par *définitions les plus autorisées* on entend les définitions doctrinales qui dans l'état actuel du droit, n'ont pas fait l'objet de contradictions n'ayant pas pu être surmontées et qui ont été reprises dans la plupart des autres travaux doctrinaux. Le caractère instrumental des développements en cours qui a été précisé en introduction à ce chapitre va nous permettre de ne pas entrer dans les détails de la notion d'acte administratif et de rester à un niveau d'analyse général ou macro-juridique. En particulier, les deux débats parallèles sur la distinction entre l'acte administratif et la décision exécutoire en France et entre l'*atto amministrativo* et le *provvedimento amministrativo* (mesure ou décision administrative) en Italie n'ont pas d'utilité pour nous <sup>118</sup>.

Pour M. S. Giannini l'acte administratif italien ou *provvedimento amministrativo* est l'« acte par lequel l'autorité administrative, dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs propres, décide en fonction de l'intérêt public qui lui a été attribué, et qui a une incidence corrélatrice sur les situations subjectives des personnes privées » <sup>119</sup>. Selon la définition de P. Delvolvé l'acte administratif français est « l'acte juridique adopté unilatéralement par une autorité portant sur l'ordonnancement juridique et affectant les droits ou les obligations des tiers sans leur consentement » <sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Pour l'Italie, GIANNINI (M.S.), "Atto amministrativo", *Enc. Dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 157 et SORACE (D.), "Promemoria per una nuova "voce" "atto amministrativo", in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Giuffrè, 1988, 745. Pour la France DARCY (G.), "La décision exécutoire", *AJDA*, 1994, 663.

<sup>119</sup> GIANNINI (M.S.), *Diritto amministrativo*, vol. II, 3a ed., 1993, Giuffrè, 236.

<sup>120</sup> DELVOLVÉ (P.), *L'acte administratif*, Sirey, 1983, n°4, 11.

Les éléments identiques de ces deux définitions se perçoivent avec évidence. Est tout d'abord évident le caractère de l'unilatéralité. Les deux systèmes concordent pour reconnaître que la volonté de l'administration suffit, lorsqu'elle s'exprime selon les formes et les procédures nécessaires, à modifier, à elle seule, la situation juridique des destinataires.

Est tout aussi évident le principal effet de l'acte, qui prend le nom d'impérativité en droit italien et de caractère exécutoire en droit français. Il découle, quant à la mise en œuvre pratique de l'acte, de son caractère d'unilatéralité. L'impérativité est « *l'immédiate production des effets juridiques* »<sup>121</sup>. Le caractère exécutoire de l'acte administratif, permet à cet acte, souvent qualifié pour cette raison de décision exécutoire, « *de produire par lui-même des effets juridiques (...) il suffit qu'il soit entré en vigueur et en application pour que ces effets se produisent* »<sup>122</sup>.

#### b) Une différence relative en matière de fondements des actes administratifs unilatéraux

Si on quitte la superficie des caractères et des effets de l'acte administratif et si on se penche sur ses fondements, des différences plus marquées apparaissent. Mais ces différences ne sont là encore que l'écho de la différence plus large qui existe entre la notion française d'intérêt général et la notion italienne d'intérêts publics.

L'acte administratif français et le *provvedimento* italien trouvent leurs fondements dans la notion que chaque système se fait de l'intérêt général / intérêts publics. C'est particulièrement net dans la définition italienne donnée par M.S. Giannini qui inclut la référence à l'intérêt public et dont il fait un élément fondamental du *provvedimento*. Cela l'est un peu moins dans la définition française.

Mais dans les deux systèmes, le lien qui relie les actes à leurs fondements, c'est-à-dire le lien qui, partant d'un intérêt public ou de l'intérêt général, aboutit au *provvedimento* ou à l'acte administratif unilatéral, n'est pas présenté comme un lien direct. Le droit français et le droit italien ont créé des notions intermédiaires qui rassemblent tous les modes d'agir de l'administration atypiques par rapport aux modes d'agir que le droit civil ouvre aux personnes privées et auxquels un intérêt public ou l'intérêt général donne force opératoire. Pour la France la notion est celle de *prérogatives de puissance publique*. C'est, selon J. Rivero et J. Waline, l'ensemble des « *possibilités d'action qui sont données à l'administration sans*

---

<sup>121</sup> MATTARELLA (B.G.), "Il provvedimento", in CASSESE (S.) a cura di, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, T. I, Giuffrè, 2000, 705-925, 725.

<sup>122</sup> DELVOLLE (P.), L'acte administratif, *op. cit.*, 261.

équivalent dans les relations privées »<sup>123</sup>. Pour l'Italie il s'agit du *pouvoir administratif* qui regroupe l'ensemble des « *capacités que la loi impute à une autorité administrative déterminée* »<sup>124</sup> <sup>125</sup>. Ces deux notions ne sont pas des notions de droit positif. Elles ont été forgées par les doctrines française et italienne qui, selon une approche inductive, ont systématisé et conceptualisé des éléments épars donnés par les normes et surtout par la jurisprudence <sup>126</sup>. Jusqu'à un certain point on peut considérer les prérogatives de puissance publique françaises et le pouvoir administratif italien comme des notions "relativement" équivalentes.

On va voir quel est précisément le point à partir duquel les deux notions divergent.

En France la corrélation entre intérêt général, puissance publique et acte unilatéral a été constamment soulignée. Pour J.M. Pontier « *La formulation du droit administratif [par le biais des actes administratifs] a coïncidé avec l'assimilation de l'intérêt général à la puissance publique (...)* »<sup>127</sup>. La notion de puissance publique provient en droite ligne de celle d'intérêt général. L'étude du Conseil d'Etat déjà citée affirme que « *l'intérêt général fonde la spécificité du régime de droit public* » et en premier lieu de l'acte administratif unilatéral <sup>128</sup>. L'acte administratif unilatéral est d'ailleurs considéré par le Conseil d'Etat, dans un arrêt d'Assemblée de 1975, comme « *la règle fondamentale du droit public français* »<sup>129</sup>.

Mais l'approche française n'est pas aussi claire qu'on pourrait le supposer de prime abord. Deux éléments concourent à faire du lien qui théoriquement devrait lier l'acte à l'intérêt général par l'intermédiaire de la puissance publique un méandre compliqué qui n'exclut pas plus les bras morts que les rapprochements subits.

Le premier élément de brouillage réside dans la constatation que la référence à l'intérêt général est plus souvent implicite qu'explicite. Ainsi l'intérêt général n'apparaît pas

---

<sup>123</sup> RIVERO (J.) ET WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 15<sup>e</sup> ed, 1994, 30.

<sup>124</sup> CERULLI IRELLI (V.), *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2000, 380.

<sup>125</sup> Le contenu de ces deux notions a peu d'importance pour notre démonstration. Les deux notions ont été élaborées pour passer outre aux deux limites qui bornent l'activité juridique des personnes privées : limite consistant dans l'impossibilité sauf exception d'imposer juridiquement sa volonté à autrui (Voir toutefois pour la France DUPUIS (G.), "La définition de l'acte unilatéral", *Mélanges Eisenmann*, 1975, 205) et limite consistant dans l'impossibilité de faire directement valoir ses droits sur autrui, sans passer par une décision de justice. L'administration peut juridiquement imposer sa volonté à autrui comme elle peut directement faire valoir ses droits sur autrui sans passer par une décision de justice.

<sup>126</sup> Sur les principaux auteurs qui ont dégagé ces notions, voir ci-dessous. De manière générale à propos du travail doctrinal sur les éléments du droit positif et l'élaboration de concepts autonomes ou semis autonomes par rapport à ce dernier : CIANFEROTTI (G.N.), *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, 1980 ; FORTSAKIS (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, 1987.

<sup>127</sup> PONTIER (J.-M.), "L'intérêt général existe-t-il encore ?", *art. cit.* Pour D. Linotte, « *l'intérêt général justifie les prérogatives de l'administration* », LINOTTE (D.), *Recherche sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, *op. cit.*, 101.

<sup>128</sup> CONSEIL D'ETAT, "Réflexions sur l'intérêt général", *art. cit.*, 277.

<sup>129</sup> CE, Ass. 2 juillet 1982, *Huglo*, 257 ; *AJDA* 1982, 657, concl. J. BIANCARELLI, note B. LUKASCEWICZ ; *D.* 1983, 327, note O. DUGRIP ; *Rev. adm.* 1982, 627, note PACTEAU ; *D.* 1983, inf. rap. 270, obs. P. DELVOLLE.

dans la définition que donne P. Delvolvé de l'acte unilatéral. Ce caractère implicite peut être expliqué par deux raisons. Tout d'abord par l'évidence. L'ombre portée par l'intérêt général sur toute l'action de l'administration française présente un degré tel que son rappel paraît superfétatoire. Il n'y a pas de meilleur exemple de ce caractère implicite que la présomption d'« administrativité » des actes de l'administration. Pour P. Delvolvé, il y a présomption « lorsqu'un acte émane, au sein d'une personne publique, d'un organe administratif, il est présumé être lui-même administratif. Faute de contre-indication, c'est ce qui permet au juge d'affirmer qu'il est en présence d'un acte administratif » et l'auteur poursuit « s'il n'est pas besoin de faire référence à ces critères (les critères matériels), c'est qu'ils sont impliqués par l'action des organes administratifs »<sup>130</sup>. Ensuite, la notion française de prérogative de puissance publique, comme celle d'acte administratif unilatéral, est en partie issue de la jurisprudence administrative. Et la jurisprudence est élaborée en fonction du but du contentieux qui est avant tout de trancher un litige. Le souci de faire œuvre théorique, de poser dans chaque décision des éléments dont l'ensemble, au travers de la jurisprudence, constituerait une approche conceptuelle, n'est pas le souci principal du juge administratif. J. Rivero et J. Waline avertissent que dans un droit dont la jurisprudence constitue une source fondamentale comme le droit administratif français, « le juge qui posait les règles du droit administratif pour pouvoir statuer sur le litige qui lui était soumis, avait le souci, en les formulant, de ne pas se lier trop étroitement pour l'avenir, de façon à pouvoir tenir compte, plus tard, des circonstances propres à chaque espèce : d'où le caractère très souple de ces règles, et la large marge d'incertitude qui les entourent »<sup>131</sup>. En conséquence, dans les mains du juge, la notion de prérogative de puissance publique ne vaut pas tant par son sens que par sa fonction qui est de servir de critère d'identification de l'acte administratif, et par ricochet de critère de compétence du juge administratif<sup>132</sup>, lorsque cet acte se cache parmi les actes adoptés par des organes qui n'ont *a priori* que peu à voir avec les organes habituellement compétents pour en adopter<sup>133</sup>. Cela explique que la priorité accordée à la fonction de la

<sup>130</sup> DELVOLVÉ (P.), *L'acte administratif*, op. cit., n°89 et n°93, 48-49.

<sup>131</sup> RIVERO (J.) ET WALINE (J.), *Droit administratif*, op. cit., 25. DUPEYROUX (O.), "La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit", *Mélanges Marty*, 1979, 463.

<sup>132</sup> Elargissant cette logique à l'ensemble des notions juridiques G. Darcy estime qu'on ne peut « appréhender pleinement un terme juridique que par sa fonction, à savoir par les types d'usage que l'on fait de l'expression, par les propriétés que le rapport au monde lui confère », DARCY (G.), "La décision exécutoire", art. cit., 663.

<sup>133</sup> C'est la signification de la célèbre jurisprudence du Conseil d'Etat qui partant de CE, 9 décembre 1899, *Association syndicale du anal de Gignac* (GAJA, n°7) traverse tout le XX<sup>e</sup> siècle, avec CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire "Aide et protection"* (GAJA n°55), CE, 31 juillet 1942, *Monpeurt* (GAJA n°56), CE, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. époux Barbier* (GAJA n°91), pour culminer avec la consécration par le Conseil constitutionnel, CC n°86-224 DC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence* (GAJA, n°99).

notion de puissance publique fasse passer au second plan celle d'intérêt général sur laquelle elle repose pourtant.

Le deuxième élément réside, ici encore, dans la conception française substantielle et abstraite de l'intérêt général. La puissance publique et l'acte unilatéral se voient conférer le même double caractère qui est celui de l'intérêt général : d'une part sa force, d'autre part son indétermination. En conséquence l'intérêt général ne semble servir qu'à revêtir les actes de l'administration d'une force que ne connaissent pas les actes de droit privé. Cette impression est indirectement renforcée par les théories qui, sans écarter l'intérêt général mais en ne lui conférant qu'un rang de cause lointaine, placent la puissance publique au cœur du régime administratif et affirment qu'elle constitue le moyen par excellence de l'administration ; la question des buts de cette même administration étant laissée dans une relative indétermination ou bien remise à la notion de service public <sup>134</sup>. Les approches qui font de la puissance publique la conséquence juridique de la souveraineté politique, comme par exemple l'affirmation de J. Rivero selon laquelle la puissance publique est la « *traduction, au plan administratif, de la réalité politique qu'est le Pouvoir* » vont également dans ce sens <sup>135</sup>. Ainsi de nombreux éléments convergent pour faire penser qu'il existe une dissociation entre la prérogative de puissance publique (la force que l'intérêt général confère à l'acte) et le but que doit poursuivre l'acte. Certes il est dit partout que l'administration ne doit agir qu'en fonction de l'intérêt général mais une telle déclaration de principe n'est finalement que peu opératoire concrètement. Quelques auteurs se sont employés à rétablir le lien entre les moyens et les fins comme F. Moderne pour qui si « *les prérogatives de l'administration doivent être exercées selon des considérations générales d'intérêt public (...) chaque prérogative de puissance publique est censée correspondre à un but particulier (et) l'administration doit respecter, outre l'intérêt public en général, l'intérêt public défini et précisé, justifiant telle ou telle de ses prérogatives* » <sup>136</sup>. Mais l'impression d'un décalage entre les moyens dont dispose l'administration qui seraient explicites et précis et les buts qu'elle doit poursuivre qui seraient implicites et vagues n'en demeure pas moins.

Par opposition, lorsque la conception italienne des intérêts publics multiples et formels s'applique aux *provvedimenti* elle explique, lie et justifie aussi bien la force des actes

---

<sup>134</sup> M. Hauriou dans la synthèse ramassée de sa pensée que constitue sa préface à la 11<sup>e</sup> édition de son *Précis de droit administratif*. Sirey, 1927.

<sup>135</sup> RIVERO (J.), "Existe-t-il un critère du droit administratif ?", *RDP*, 1953, 379.

<sup>136</sup> MODERNE (F.), *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, th. Bordeaux, 1960. Il en va de même pour F.P. Benoît selon lequel « *La prérogative de puissance publique est toujours assortie à une fin. Chaque service ne dispose que des prérogatives nécessaires à la réalisation de sa mission* », BENOIT (F.-P.), *Le droit administratif français*, 1968, 777.

unilatéraux que le but auxquels ils doivent tendre. L'acte unilatéral italien relève du pouvoir administratif qui est, comme on l'a vu, l'ensemble des « *capacités que la loi impute à une autorité administrative déterminée* ». Il résulte de l'absence de notion d'intérêt général que la loi ou plus généralement la norme qui identifie un intérêt public confère à une administration précise les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de l'intérêt public en cause. Selon V. Cerulli Irelli, le pouvoir administratif rassemble « *les actes juridiques par lesquels s'exprime le pouvoir administratif sont, sauf exception des actes typiques, expressément prévus par la norme. Pour cela, tout pouvoir administratif peut être configuré comme une capacité spéciale conférée par la norme à l'autorité administrative ut singoli qui la légitime et lui donne la capacité d'adopter les actes juridiques qui en découle (...). En revanche il n'existe pas de capacité générale de droit public (qui correspondrait, sous cet aspect, à la capacité générale de droit commun)* » <sup>137</sup> et qui pourrait être comparée avec la capacité française. En matière de pouvoir administratif, les administrations italiennes ne disposent que de ce que la loi leur donne au cas par cas. Il en résulte que le *provvedimento* présente une caractéristique supplémentaire que le droit italien appelle *tipicità* qui est assez proche du principe français de spécialité mais dont le spectre est beaucoup plus large. La *tipicità*, très utilisée par le juge administratif <sup>138</sup>, impose une correspondance entre pouvoir administratif et *provvedimento* dans le sens où chaque acte unilatéral adopté par l'administration doit avoir été prévu par une norme <sup>139</sup>. Il existe donc en droit italien un *numerus clausus* des actes administratifs unilatéraux qui évolue en fonction des pouvoirs que les lois attribuent ou retirent aux administrations. Le principe français de spécialité qui signifie que « *la compétence (des) personnes morales est limitée aux actes correspondants aux objets en vue desquelles elles ont été créés* » ne s'applique pleinement qu'aux établissements publics, dans une moindre mesure aux collectivités locales et jamais à l'Etat <sup>140</sup>. Il ne concerne donc pas tous les actes unilatéraux comme le fait la *tipicità* italienne.

La doctrine italienne a couronné sa réflexion sur le *provvedimento*, le pouvoir administratif et l'intérêt public en forgeant la notion de fonction administrative (de fonctions administratives au pluriel) qui englobe, lie et donne une place précise à chacun des trois éléments précédents. Il n'est pas possible de rappeler ici l'origine de cette notion si ce n'est

<sup>137</sup> CERULLI IRELLI (V.), *Corso*, op. cit., 380.

<sup>138</sup> Par exemple CS, IV, 12 avril 1995, n.233, *FI*, 1996, III c., 107. On retrouve ici la constatation que le moyen du détournement de pouvoir est un instrument très employé par le juge administratif italien.

<sup>139</sup> De même qu'un vif débat entoure l'interprétation du principe de légalité auquel est soumis l'administration, un débat de même nature porte sur la portée du principe de *tipicità*.

<sup>140</sup> VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, A. Colin, 1997, 272.

pour indiquer qu'elle a, en partie, été élaborée pour démontrer que l'administration ne pouvait plus être ramenée (ou réduite) à la seule fonction d'exécution des lois. De manière générale les fonctions sont les activités juridiques dont le but ne dépend pas de qui les exerce. Leur but est fixé par une instance extérieure <sup>141</sup>. Appliquées au domaine administratif, les fonctions sont les activités dont la fin n'est pas libre (ce ne sont pas des activités autonomes) mais qui doivent réaliser les intérêts déterminés par d'autres instances, en l'occurrence des instances politiques. Il y a donc autant de fonctions administratives que d'intérêts publics identifiés par les lois. Aussi, selon M. S. Giannini, à l'administration est reconnue « *une multiplicité de fonctions, positivement déterminables, dans l'ensemble de l'activité administrative* » et la notion de fonction administrative au singulier n'existe pas, si ce n'est pour servir de « *synthèse verbale* » à l'ensembles des différentes fonctions administratives au pluriel <sup>142</sup>. S. Cassese va préciser que les fonctions administratives se composent de trois éléments : la matière, les attributions, les buts (et accessoirement les destinataires). Le premier élément est la matière. C'est le champ d'activité. Il est par définition donné par la loi ou par la norme. Ce peut être par exemple, l'urbanisme, le tourisme, les biens culturels .... Le deuxième élément est constitué par les attributions. Les attributions désignent les pouvoirs attribués à une administration donnée par loi ou la norme pour la réalisation de intérêt public qu'elle identifie. Selon ce que la loi prévoit il peut être question d'agir par voie unilatérale (règlements, actes de planification, actes individuels), d'assurer des prestations de service, etc. L'ensemble des attributions conférées à une autorité administrative forme le pouvoir administratif dont cette administration dispose. Les attributions sont conférées à des autorités administratives *ad hoc*. La répartition des compétences est toujours stricte et l'administration italienne n'est composée que d'administrations spécialisées. Dans la matière "biens culturels", toutes les compétences ont été historiquement confiées à une administration spécialisée de l'Etat. Les buts forment le troisième élément. Ils dépendent de ce que la loi prévoit. En ce qui concerne les biens culturels le Texte unique de 1999 qui reprend les dispositions précédentes de la loi de 1939 a fixé comme but principal à l'administration d'Etat la *tutela* ou protection des biens culturels. Il existe d'autres buts comme la valorisation qui est confiée avec les pouvoirs relatifs en partie à l'Etat, en partie aux régions et aux provinces. Les destinataires sont les personnes vis-à-vis desquelles la fonction est exercée. La fonction administrative

---

<sup>141</sup> ROMANO (S.), "Poteri. Potestà", *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1947, 180.

<sup>142</sup> GIANNINI (M. S.), *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, 86 et plus généralement les numéros 22 à 25.

relative aux biens culturels est exercée vis-à-vis des propriétaires ou des titulaires de droit réels de biens culturels qu'ils soient privés ou publics.

c) Une différence radicale en matière de procédure d'adoption des actes administratifs unilatéraux

Dans la conception volontariste française, la détermination concrète (de même que l'identification abstraite) de l'intérêt général, qui n'est pas la somme des intérêts des membres de la société, ne peut avoir lieu que d'"en haut", ou en tout cas d'"en dehors" de la société. Les lieux idéaux de cette détermination doivent donc se situer détachés ou en dehors de la société, l'englober certes mais également et surtout la dépasser. L'Etat, chargé de garantir la souveraineté de la volonté collective, constitue le lieu par excellence de cette détermination. Loin d'être la parfaite incarnation de ce schéma théorique, l'Etat dont est doté la France présente toutefois des caractéristiques qui s'en rapprochent beaucoup.

La conséquence qui découle de cette conception est qu'il n'est pas nécessaire que l'Etat associe la société, sous une forme ou sous une autre, à son œuvre de matérialisation de l'intérêt général. Lieu de synthèse par définition unique, on pourrait dire, en forçant à peine le trait, que l'Etat sait mieux ce qui convient à la société que la société ne le sait elle-même. Aussi une autorité administrative donnée, qui dans un domaine particulier incarne l'Etat, est-elle porteuse à la fois de tous les intérêts en présence, y compris ceux des tiers et des particuliers, et de leur dépassement que constitue l'intérêt général.

De nombreuses raisons ont été avancées pour expliquer pourquoi la procédure administrative non contentieuse est restée si longtemps si peu développée en France et si peu étudiée par la science juridique. La plus pertinente a été mise en avant par G. Isaac : la procédure d'adoption ne s'est pas développée à cause des vertus du contentieux administratif<sup>143</sup>. Les garanties offertes *a posteriori* aux citoyens par le juge administratif étaient considérées comme suffisantes. Des mécanismes tendant à assurer ces garanties *a priori*, c'est-à-dire au moment de l'élaboration de l'acte administratif, ne semblaient pas nécessaires et ce d'autant moins qu'ils pouvaient entraver le fonctionnement de l'administration en rajoutant des étapes et des conditions formelles à son action. De la sorte, le juge administratif *monopolise la procédure*. Tous les développements qui ont été consacrés dans ce chapitre à la notion française d'intérêt général nous autorisent, croyons-nous, à ajouter une raison supplémentaire qui se superpose à l'analyse de G. Isaac sans s'y substituer. Selon nous, si en

---

<sup>143</sup> ISAAC (G.), *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968, 13.



France il n'a longtemps jamais paru nécessaire d'organiser la procédure d'adoption des actes administratifs, et les progrès réalisés en ce sens depuis l'époque où écrivait G. Isaac (la fin des années 1960) sont, somme toute, bien faibles <sup>144</sup>, c'est que la détermination concrète de l'intérêt général caractérisé dans un domaine d'intervention quelconque ne le suppose pas. Il y a deux manières de concevoir la procédure d'adoption. Premièrement on peut estimer que celle-ci n'est que « *l'ensemble des règles qui gouvernent l'édiction des actes administratifs* » <sup>145</sup>. Toutes les règles qui, classiquement, gouvernent l'élaboration de l'acte unilatéral, les règles de forme et les règles de procédure <sup>146</sup>, ne constituent pas vraiment un embryon de procédure d'adoption car en n'étant que peu ou pas externalisées elles s'analysent en fin de compte plutôt comme des règles de fonctionnement internes à l'administration. Mais on peut aussi concevoir la procédure d'adoption comme le moment où les droits de la défense, que les particuliers exercent normalement devant le juge administratif, sont exercés devant l'administration. La procédure d'adoption devient alors le moment privilégié où les intérêts en présence sont recueillis, pris en compte et synthétisés pour aboutir à la détermination concrète de l'intérêt général. Or, la conception française de l'intérêt général rend ce moment inutile car l'Etat, par le biais de ses autorités administratives générales, réalise en lui-même cette synthèse qu'est l'intérêt général. Il est l'intérêt général.

En Italie, la procédure d'adoption bénéficie tout d'abord d'une reconnaissance ancienne en droit italien. Elle a été théorisée dès les années 1940 afin de dégager l'acte final, le *provvedimento*, de la masse des actes préparatoires nécessaires à son adoption (*atti infraprocedimentali*) <sup>147</sup>.

Ensuite la relation entre l'administration et les destinataires des actes unilatéraux ne ressemble pas à la relation qui existe en France. L'administration n'a pas besoin de procéder à ses évaluations en retrait de la société. La "philosophie" du système italien n'empêche aucunement que soit pensée et organisée la procédure d'adoption des actes unilatéraux. Au contraire, elle l'exige. Chaque fois qu'un pouvoir administratif est utilisé, il se crée un rapport de droit public entre l'administration et les tiers concernés. Les tiers concernés subissent les effets de l'exercice du pouvoir administratif sans qu'il leur soit possible de manifester leur volonté. Ils sont toutefois titulaires d'une situation subjective vis-à-vis de l'administration :

---

<sup>144</sup> Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (JORF, 12 juillet 1979, 1711) ; décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers (JORF, 3 décembre 1983, 3492).

<sup>145</sup> ISAAC (G.), *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., 151.

<sup>146</sup> VINCENT (J.Y.), "Acte administratif", *Jurisclasser administratif*, fasc. 107.1, 1991.

<sup>147</sup> SANDULLI (A.M.), *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

l'intérêt légitime <sup>148</sup>. L'intérêt légitime des tiers est un pouvoir d'agir qui n'existe et ne peut être exercé qu'en fonction de sa conformité avec l'action administrative. Il correspond à l'intérêt public que l'administration réalise concrètement en utilisant un pouvoir administratif <sup>149</sup>. Il s'exerce de deux manières : en tant que pouvoir de réaction et en tant que pouvoir de participation. En tant que pouvoir de réaction, qui prend la forme de recours administratifs et de recours juridictionnels, il est conforme à l'action administrative car il permet l'élimination des actes administratifs illégitimes <sup>150</sup>. En tant que pouvoir de participation, c'est-à-dire de pouvoir de faire valoir son propre point de vue, son propre intérêt à l'administration lorsque celle-ci prépare un acte administratif unilatéral, il est conforme à l'action administrative car il permet à l'administration de décider en connaissance de cause <sup>151</sup>.

Mais le développement et l'importance accordée à la procédure d'adoption en Italie s'explique aussi, pour une très large part, par la conception du pouvoir discrétionnaire qui va être analysée ci-dessous.

## 2) Le pouvoir discrétionnaire

### a) Position du problème

Pour saisir la différence entre la notion française et la notion italienne de pouvoir discrétionnaire il est nécessaire de revenir une fois encore sur la différence de conception entre l'intérêt général français et les intérêts publics italiens.

L'intérêt général français, substantiel et abstrait, est ce présupposé objectif, cette « réalité » qui existe dans le monde des idées. La loi et l'administration n'ont pour tâche que de le formuler de manière générale tout d'abord, de manière concrète ensuite. L'intérêt public italien n'est pas un présupposé objectif, il n'est que ce que la loi détermine comme tel et ce que l'administration réalise concrètement en fonction des critères légaux.

En conséquence, là où l'administration française n'a qu'à formuler, découvrir l'intérêt général, en d'autres termes, retrouver la solution, l'administration italienne doit dégager l'intérêt public parmi les autres intérêts, créer l'intérêt public, en d'autres termes trouver une solution <sup>152</sup>. En fonction de cela et tout en restant toujours à un niveau très théorique on

---

<sup>148</sup> Dans certains cas plus rares ils sont titulaires d'un droit subjectif.

<sup>149</sup> CERULLI IRELLI (V.), *Corso, op. cit.*, 390-391.

<sup>150</sup> Les recours juridictionnels contre les actes de l'administration sont prévus par les articles 24, 103 et 113 de la Constitution.

<sup>151</sup> La participation des personnes intéressées n'est pas un principe constitutionnel. Il existait depuis longtemps dans certains domaines. La jurisprudence administrative l'a étendu à d'autres et la loi du 7 août 1990 n.241, *nuove norme in materia di procedimento amministrativo*, en a finalement fait un principe qui s'applique à l'adoption de tous les *provvedimenti*.

<sup>152</sup> « L'intérêt public concret est une entité dialectique qui se forme par la superposition de nombreux intérêts en jeu », CERULLI IRELLI (V.), *Corso, op. cit.*, 418.

concluera que le pouvoir confié à l'administration en Italie devrait nécessairement être plus large qu'en France.

Ces *a priori* théoriques (et parfois idéologiques en ce qui concerne la France) ont été extrêmement malmenés par la réalité, par le choc qu'ils ont dû subir au contact des faits. Ils sont peu ou mal lisibles dans la pratique administrative quotidienne. Néanmoins on persiste à penser qu'ils ont gardé suffisamment de force pour déterminer encore les grands traits des notions de pouvoir discrétionnaire dans chaque système.

## b) Fondement du pouvoir discrétionnaire en France et en Italie

### b-1) En France

En fonction de ce qui vient d'être dit précédemment, l'affirmation selon laquelle le pouvoir discrétionnaire n'a jamais eu en France de place théorique très claire, apparaîtra logique. En effet, la conception de l'intérêt général alliée au rôle de la loi qui en est la formulation la plus autorisée ne devrait logiquement pas déboucher sur la reconnaissance d'une place propre et nette à ce pouvoir dans les théories qui analysent l'ensemble du système juridique français.

Cela explique les deux conceptions successives qui ont été faites du pouvoir discrétionnaire <sup>153</sup>. La première, le paradigme démocratique, nie purement et simplement le pouvoir discrétionnaire. Selon le paradigme démocratique la loi et le juge suffisent à exercer les fonctions de l'Etat vis-à-vis du milieu social sans qu'il soit besoin de passer par une personne intermédiaire (l'administration). L'application de cette théorie au réel (pendant la Révolution) a paradoxalement fait naître une administration puissante disposant de pouvoirs propres et partant de pouvoirs discrétionnaires (le premier Empire) <sup>154</sup>. Malgré cette double réalité (l'administration est un sujet juridique, le pouvoir discrétionnaire existe), le paradigme démocratique persiste à ne reconnaître aucune place active à l'administration. Cette dernière, située à la fin de la chaîne démocratique, qui part du peuple et passe par plusieurs mandataires que sont l'assemblée et le gouvernement, ne dispose que d'un pouvoir d'exécution logique ou même mécanique des lois. La loi idéale procède ainsi non seulement à l'identification abstraite d'un aspect de l'intérêt général mais également à sa pré-détermination concrète qui

---

<sup>153</sup> AZOULAY (L.), "The Concept of Discretionary Power", papier non publié présenté au séminaire de *Comparative Public Law* (Professeurs R. Dehousse et C. Harlow), Institut universitaire européen, 12 mars 1998.

<sup>154</sup> Ce paradoxe n'est qu'apparent, voir la thèse de la nouvelle structure sociale de Tocqueville exposée au chapitre II du livre premier de *L'Ancien régime et la révolution* intitulé *Que l'objet fondamental et final de la Révolution n'était pas comme on l'a cru de détruire le pouvoir religieux et d'énervier le pouvoir politique*, p. 67 ss dans l'édition Gallimard de 1967 présentée par J. P. Mayer.

ne laisse à l'administration qu'une marge ténue tendant vers l'inexistant. Dans certains cas, lorsque la loi est incomplète, une ombre de pouvoir discrétionnaire est reconnue mais se résout en une question d'interprétation de la loi <sup>155</sup>. D'où l'assimilation du pouvoir discrétionnaire au pouvoir arbitraire. Ce paradigme suppose que la loi soit dans un état de perfection permanent et que la réalité sociale à laquelle elle s'applique soit dans un état de simplicité tout aussi permanent. La multiplication des tâches de police administrative et l'accroissement des interventions publiques de *welfare* rend ce paradigme intenable face à l'épreuve des faits. Il a été abandonné et remplacé par le paradigme de l'Etat de droit <sup>156</sup>.

Le paradigme de l'Etat de droit tient mieux compte de la réalité et accorde une place au pouvoir discrétionnaire. Toutefois cette place n'est qu'une place par défaut, car dans le fond, le pouvoir discrétionnaire reste en France objet de scandale, d'impureté ou d'aporie du système politico-juridique. Il n'est pas la marge d'appréciation laissée par la loi à l'administration mais la marge d'appréciation que le juge accepte de ne pas contrôler. C'est la raison pour laquelle dans la doctrine de droit public le pouvoir discrétionnaire n'est en général pas abordé comme une conséquence directe du principe de légalité et comme une caractéristique naturelle de l'administration mais comme une conséquence du contrôle juridictionnel <sup>157</sup>.

Le système italien n'a pas du tout été empêché de penser l'administration comme sujet juridique comme l'a longtemps fait le système français. De même, et toujours à la différence du système français, il ne lui a pas été difficile de reconnaître à ce sujet juridique un attribut naturel, le pouvoir discrétionnaire (*discrezionalità*).

Le pouvoir discrétionnaire de l'administration bénéficie d'une place à part entière au sein du système juridique. En application du principe de légalité la *discrezionalità* est le pouvoir de choix que la loi accorde à l'administration pour réaliser concrètement l'intérêt public poursuivi <sup>158</sup>.

L'intérêt public, qualifié de primaire car c'est lui qu'il faut faire triompher, n'existe pas à l'état naturel comme en France. Il doit donc être arraché au réel par l'administration

---

<sup>155</sup> Selon Carré de Malberg, « (E)n ce cas, les pouvoirs administratifs prennent un caractère discrétionnaire ; et pourtant, ici encore, les décisions prises par l'autorité administrative reposent au fond sur la loi », *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, Sirey, 1920, reproduit. CNRS, 1962.

<sup>156</sup> GARCIA DE ENTERRIA (G.), *Révolution française et administration contemporaine*, [1972], trad. F. Moderne, Economica, 1993, 53-54.

<sup>157</sup> Pour une position contraire PICARD (E.), "Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif français", *Journées de la société de législation comparée*, 295-319.

<sup>158</sup> Sans être fondamentalement remis en question le principe de légalité a fait l'objet d'une profonde revisitation de la part de la doctrine réaliste-pluraliste, comme on a déjà eu l'occasion de le signaler. Pour M.S. Giannini, « plus qu'une règle du contenu de l'activité administrative, [le principe de légalité] est une règle de la limite de cette activité qui s'inscrit dans la dialectique de l'autorité et de la liberté », *Diritto amministrativo*, op. cit., T. I, 89.

parmi la masse des autres intérêts publics ou privés auxquels il est mêlé et qui sont eux-mêmes qualifiés d'intérêts secondaires. Ainsi la détermination concrète de l'intérêt public par l'administration, n'est-elle rien d'autre que l'utilisation par l'administration du pouvoir discrétionnaire que la loi qui a identifié abstraitement l'intérêt public lui a attribué. En conséquence, le pouvoir discrétionnaire se définit comme étant, selon la très célèbre formule de M. S. Giannini, « *une pondération comparative de plusieurs intérêts secondaires en fonction d'un intérêt primaire* » <sup>159</sup>.

Pour revenir brièvement sur la procédure d'adoption, on comprend, à la lumière de la définition du pouvoir administratif, qu'elle soit "naturellement" développée comme le lieu par excellence où les différents intérêts publics seront recueillis et pris en compte.

### c) Intensité du pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel

En Italie, l'intensité du pouvoir discrétionnaire dépend des pouvoirs plus ou moins larges que la loi attribue à l'administration. Le choix opéré par l'administration (le *merito*, c'est-à-dire le fond) en fonction de l'intérêt public légal et au moyen des pouvoirs administratifs attribués par la loi et selon la procédure requise n'est pas contrôlé par le juge. Et donc, contrairement à la France, si l'intensité du pouvoir de décision de l'administration augmente <sup>160</sup>, le juge ne peut pas augmenter son pouvoir en proportion. Pour le juge administratif italien les frontières entre l'opportunité de l'acte et sa légalité (*legittimità*) sont étanches. Cette inaccessibilité du *merito* au contrôle juridictionnel a eu pour conséquence que le juge a concentré ses efforts sur la procédure d'adoption des actes à laquelle il a contribué à donner beaucoup de substance juridique. Ce faisant, il a de plus en plus enserré le fond de l'acte, théoriquement incontrôlable, par sa forme.

En France, l'intensité du pouvoir discrétionnaire dépend également des pouvoirs plus ou moins larges que la loi attribue à l'administration, mais cette intensité légale ne vaut que tant que le juge décide de ne pas approfondir son contrôle afin d'assurer aux individus le même degré de garantie juridictionnelle quelle que soit l'intensité légale de pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration. Certes l'opportunité est selon R. Chapus ce que le juge ne contrôle pas mais le juge est maître de l'étendue de son contrôle et l'opportunité de l'administration est le résidu devant lequel il choisit de s'arrêter <sup>161</sup>. L'accessibilité du fond

---

<sup>159</sup> GIANNINI (M.S.), *Diritto amministrativo*, op. cit., T. I, 49.

<sup>160</sup> Cet accroissement peut toujours être sanctionné par le juge constitutionnel saisi lors de tout procès par le juge *a quo*.

<sup>161</sup> Pour P. Delvolvé, « *au fur et à mesure de l'intégration de l'opportunité dans la légalité, l'opportunité s'échappe* », DELVOLVÉ (P.), "Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?", *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, 1988, LGDJ, 26.

des décisions au contrôle juridictionnel, selon un angle d'attaque étroit qui cherche à réduire le pouvoir discrétionnaire tout en laissant libre une marge d'opportunité, a eu pour conséquence que le juge français s'est beaucoup moins préoccupé de la procédure d'adoption que le juge italien.

On a vu précédemment que lorsque le degré d'abstraction avec lequel la loi détermine l'intérêt public était faible, c'est-à-dire lorsque la loi dessinait avec précision les contours de l'intérêt public que l'administration devait mettre en œuvre, en d'autres termes lorsque la loi déterminait directement l'intérêt public, la marge de pouvoir discrétionnaire de l'administration se réduisait d'autant. Cette absence de choix s'appelle compétence liée en France et *vincolatezza* en Italie (*vincolare* signifie lier) <sup>162</sup>. La loi de 1985 dite loi *Galasso* du nom de son promoteur est un bon exemple d'une situation de *vincolatezza* dans laquelle la loi peut placer (enfermer) l'administration <sup>163</sup>. La loi soumet à un régime protecteur certains biens, qui sont qualifiés de biens d'environnement (*beni ambientali*), dès lors qu'ils entrent dans une des catégories objectives prévue par la loi : rivages de mer ou de lac, marais, forêts, cours d'eau, glaciers, zones humides, volcans (article 1). A l'administration ne sont attribués aucun pouvoir de détermination concrète de ces biens, aucune évaluation discrétionnaire de la présence en eux de critères légaux. Elle ne dispose que d'une compétence liée : celle de reporter sur des plans *ad hoc* (les plans territoriaux paysagers régionaux) tous les biens indiqués dans la loi. A partir du moment où ces plans sont approuvés, le régime légal de protection s'applique aux biens avec toutes ses servitudes. Les lois relatives aux biens culturels (1909, 1939, 1999) fournissent un autre exemple de *vincolatezza*. Ils identifient non seulement un intérêt public abstrait, (l'intérêt en matière de biens culturels) mais identifient en outre directement certains biens (les biens de propriété publique et assimilés) en les soumettant *ex lege* (c'est-à-dire au moyen de la qualification légale) à un régime protecteur dès lors qu'ils présentent certains aspects. Le mécanisme est similaire à celui de la loi *Galasso*. Nous aurons l'occasion d'y revenir. La difficulté est que les biens culturels présentent bien moins d'objectivité que les volcans, les glaciers et les rivages lacustres de la loi *Galasso*.

Le degré élevé de précision de la loi ne remplace pas le rôle de l'administration qui sera toujours préposée à la réalisation concrète de l'intérêt public, mais cela lui donne une

---

<sup>162</sup> La compétence liée et la *vincolatezza* ont fait l'objet de critiques en France (Hauriou et le choix du moment) et en Italie où elles sont virulentes (Cassese).

<sup>163</sup> Décret-loi 27 juin 1985 n.312 portant dispositions urgentes pour la protection des zones d'intérêt environnemental particulier. Converti en loi par la loi 8 août 1985 n°431. Sur cette loi voir LIBERTINI (M.) (a cura di), "Legge 8 agosto 1985, N. 431 (...) Commentario", *Le Nuove leggi civili commentate*, 1986, 901-969.

position juridique différente. Lorsque la loi identifie indirectement un intérêt public elle remet un pouvoir d'appréciation à l'administration. Lorsqu'elle identifie directement un intérêt public, par le biais du mécanisme de la *qualification légale* elle réduit ce pouvoir.

d) Pouvoir discrétionnaire, appréciations techniques et contrôle juridictionnel

Dans certains cas les textes normatifs prescrivent à l'administration de n'agir qu'après avoir recouru à des jugements de nature scientifique <sup>164</sup>.

Pour désigner l'ensemble de ces situations la doctrine et la jurisprudence italiennes ont développé la notion de pouvoir discrétionnaire technique (*discrezionalità tecnica*). L'administration n'a pas de pouvoir de choix, donc pas de pouvoir discrétionnaire, elle ne fait que mettre en œuvre une connaissance <sup>165</sup>. Cependant, la notion de pouvoir discrétionnaire technique n'explique le réel juridique que tant que les normes de références font appel aux jugements des sciences "dures" (la géographie physique dans le cas de la loi *Galasso* par exemple), jugements d'existence, objectifs et consensuels. L'application de la notion de pouvoir discrétionnaire technique aux situations légales dans lesquelles les textes font référence aux sciences humaines ou sociales est malaisée. Ces sciences débouchent en effet sur des jugements qui sont avant tout des jugements d'évaluation, relatifs donc moins objectifs et moins consensuels que les jugements d'existence. Lorsque le texte unique soumet à protection les biens qui présentent un *intérêt d'art* ou qui constituent une *beauté naturelle*, cela suppose que l'administration procède à des jugements d'évaluation et non à des jugements d'existence. Or, logiquement les jugements d'évaluation, si relatifs et si subjectifs, devraient relever de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non technique. Pour la jurisprudence italienne il n'en est rien. Il s'agit toujours de pouvoir technico-discrétionnaire.

Deux conséquences découlent des situations dans lesquelles l'administration ne dispose que d'un pouvoir discrétionnaire de nature technique, que ce pouvoir implique des jugements d'existence ou qu'il implique des jugements d'évaluation. Premièrement l'administration n'a pas à effectuer une pondération comparative des intérêts en présence puisque les autres intérêts sont par nature absents. La procédure d'adoption comme moment où les intérêts en présence s'expriment n'a plus lieu d'être. La procédure d'adoption qui demeure est simplement celle rassemblant les formalités nécessaires internes à

---

<sup>164</sup> Par exemple la détermination des "substances toxiques" ou des situations de "grave altération mentale".

<sup>165</sup> Pour M.S Giannini, le moment discrétionnaire existe mais il est dissocié de l'appréciation scientifique. Par exemple, en présence d'une substance préalablement déclarée toxique l'administration peut choisir de la retirer de la vente, ou de la stocker, ou de la détruire, etc.

l'administration. Deuxièmement, le juge ne contrôle pas les décisions administratives prises sur le fondement d'un pouvoir discrétionnaire technique au motif que les opérations de logique juridique seraient impuissantes face aux appréciations de la science.

La défiance *a priori* dont le système français fait preuve envers la notion de pouvoir discrétionnaire en général l'empêche de connaître une notion semblable à la notion italienne de pouvoir discrétionnaire technique qui fait pourtant référence à des situations communes aux deux pays. Cette méconnaissance est d'ailleurs paradoxale car la notion de pouvoir discrétionnaire technique semble celle qui se rapproche le plus du rôle que le paradigme démocratique accordait à l'administration, l'application mécanique de la loi ou de données objectives sans reconnaissance d'un pouvoir intermédiaire. Quoi qu'il en soit et pour rester très général, il semble que les décisions techniques nécessitant un jugement d'existence, ne font l'objet que d'un contrôle juridictionnel minimum par le biais du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Il semble en revanche que les décisions techniques nécessitant un jugement d'évaluation (y compris donc les décisions en matière esthétique ou relatives aux biens culturels) fassent l'objet d'un contrôle plus approfondi, celui de la qualification juridique des faits depuis le célèbre arrêt Gomel de 1914 dont nous aurons l'occasion de reparler <sup>166</sup>.

### *§ 3 La question des références légales à des intérêts de nature publique mais différenciés*

Cette question sera étudiée à partir des seules règles françaises et règles italiennes relatives à la protection des biens culturels. Sans avoir la prétention d'en tirer des conclusions valables pour chacun des deux droits en leur ensemble on attirera l'attention sur la circonstance que les règles françaises et règles italiennes relatives à la protection des biens culturels constituent des exemples particulièrement éclairant de la question examinée. C'est en effet un des rares domaines juridiques dans lesquels ils font référence à des intérêts qui tout en étant toujours évidemment de nature publique, sont présentés de manière différente. Ces différences sont de deux ordres. Premièrement un intérêt national apparaît parfois à côté de l'intérêt public (A.). Deuxièmement l'intérêt public est lui-même décomposé en intérêts publics d'intensités variables (B.).

---

<sup>166</sup> CE, 4 avril, 1914, *GAJA*, Sirey, 10<sup>e</sup> ed., 1993, 160.



## A. La distinction entre intérêt public et intérêt national

Pendant la plus grande partie du XIX<sup>e</sup> en France et jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle en Italie un assemblage hétéroclite de normes qualifié de régime libéral-répressif protégeait, plutôt mal que bien, ce qu'on appelait alors les *Antiquités et Beaux Arts* ou les *Monuments historiques* <sup>167</sup>. L'insuffisance d'un tel régime, tous les jours plus flagrante, fit apparaître, tout au long de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, la nécessité de mettre en place une police, en d'autres termes, un régime de nature préventive, déterminant des règles applicables *a priori* aux biens.

C'est en ayant recours au critère de l'intérêt national, de manière explicite en France et de manière implicite en Italie, que les deux Etats ont pu faire voter des régimes préventifs entre la fin du 19<sup>e</sup> siècle et le début du 20<sup>e</sup> : la loi du 30 mars 1887 en France, la loi du 12 juin 1902 n.185 et la loi du 20 juin 1909 n.364 en Italie. L'intérêt national présentait trois avantages principaux. Premièrement il permettait de fonder une politique de mémoire nationale : l'Etat, en vertu de sa qualité de représentant le plus autorisé de la nation, était chargé de désigner les biens dans lesquels s'incarnaient l'essence de la nation. Deuxièmement, le critère national était rassurant vis-à-vis des propriétaires. Il était en effet explicitement présenté comme différent de l'intérêt général, même si on prenait soin de préciser qu'il ne s'agissait pas tant d'une différence de nature que d'une différence d'intensité : l'intérêt national était un intérêt plus restrictif que l'intérêt général. Il légitimait donc moins d'interventions publiques que ne pouvait le faire l'intérêt général, mais il les légitimait mieux ou plus si on peut dire. Il ne permettait de protéger que ce qui était exceptionnel. A l'époque, il n'en fallait pas moins pour justifier les servitudes, pourtant bien ténues, qui allait être appliquées, au nom de l'intérêt national, au droit de propriété. Troisièmement, l'intérêt national bénéficiait *a priori* d'une aura d'objectivité qui lui était nécessaire pour parvenir à présenter une sorte de sécurité juridique en matière de choix des biens. En utilisant ce critère, l'Etat garantissait que seuls les biens qui avaient nécessairement besoin de cette protection seraient protégés, que les choix ne seraient donc que la conséquence de l'évidence. L'objectivité était fournie par une approche du phénomène patrimonial qui se posait comme une approche scientifique.

Pourtant, assez vite, le critère de l'intérêt national est remplacé par le critère de l'intérêt public. En France, la loi de 1887 est remplacée par la loi du 31 décembre 1913 qui n'exige plus la présence d'un intérêt national, mais d'un "simple" *intérêt public* pour justifier le

---

<sup>167</sup> Le régime était libéral car il ne portait atteinte au droit de propriété privée que dans le cas de l'expropriation moyennant indemnité. Le régime était répressif car des sanctions pénales étaient prévues pour réprimer *a posteriori* les atteintes les plus graves.

régime de protection <sup>168</sup>. En Italie, le critère national n'était pas mentionné dans la loi de 1902. Mais de manière implicite il servait d'ossature à l'ensemble du système de protection mis en place par cette loi. Il s'écarte lui aussi devant l'intérêt public autour duquel s'ordonne la nouvelle loi de protection adoptée le 20 juin 1909 : « *Sont soumises aux dispositions de la présente loi les choses immobilières et mobilières qui présentent (qui ont) un intérêt historique, archéologique, paléontologique ou artistique* » (article 1) <sup>169</sup>. Trois raisons sont à l'origine de ce remplacement. Tout d'abord l'intérêt national n'autorisait l'intervention de l'Etat que dans des cas exceptionnels alors qu'une opinion publique de plus en plus sensible aux questions de protection ne comprenait pas l'abandon d'un ensemble immense de biens dont on pouvait estimer que, sans être exceptionnels, ils présentaient cependant un intérêt de nature à justifier une intervention publique. Ensuite ces régimes préventifs présentaient de profondes lacunes. Seuls les biens publics pouvaient être réellement protégés. Les biens privés ne pouvaient l'être que si le propriétaire y consentait ou que s'ils faisaient l'objet d'une procédure d'expropriation (ou d'achat en douane en Italie). Enfin ces régimes souffraient de contradictions vis-à-vis d'autres normes en vigueur. En France la loi de séparation de l'Eglise et de l'Etat de 1905 permit à l'administration de protéger des églises même si elles ne présentaient pas d'intérêt national <sup>170</sup>. En Italie les graves insuffisances de la loi de 1902 obligèrent l'Etat unitaire à maintenir en vigueur les lois relatives aux *Antichità e Belle Arti* qui avaient été adoptés par les anciens Etats, ceux d'avant l'Unité, les *cessati governi*, dont toutes les législations avaient été théoriquement abrogées en 1865.

Toutefois, ce passage ne marqua pas pour autant un abandon total de la référence à l'intérêt national. Les deux systèmes ont toujours continué à y faire référence. En conséquence, aujourd'hui encore, les systèmes français et italien en vigueur combinent un régime général de protection fondé sur l'intérêt public avec des régimes spécifiques fondés sur l'intérêt national. En France et en Italie une conception désormais classique opère une claire distinction entre les deux intérêts. S'appuyant sur certaines dispositions de droit positif elle estime que l'un, l'intérêt national, est supérieur et donc plus restrictif que l'autre, l'intérêt public (1). A notre avis cette conception ne peut plus être maintenue. Le droit positif n'est pas aussi univoque et de nombreuses réformes récentes atténuent la distinction à un point tel qu'il

---

<sup>168</sup> La version originale de la loi de 1913 sur les monuments historiques est au *JORF*, 4 janvier 1914. La version mise à jour est au *Recueil* n°1345, 23.

<sup>169</sup> Loi du 20 juin 1909, n°364, *concernant les antiquités et les Beaux Arts*, *Legge*, 1909, 1442.

<sup>170</sup> Selon l'article 16 alinéa 1 de la loi du 5 décembre 1905 l'administration peut « [...] procéder à un classement complémentaire des édifices servant à l'exercice public du culte [...] dans lequel devront être compris tous ceux de ces édifices représentant, dans leur ensemble ou dans leurs parties, une valeur artistique ou historique », *JORF*, 11 décembre 1905.

semble que, aujourd'hui, l'intérêt public et l'intérêt national sont équivalents aussi bien en France qu'en Italie (2).

1) Les conceptions classiques de l'intérêt national différent et supérieur par rapport à l'intérêt public en France et en Italie

a) En France

Le droit positif français fait plusieurs fois référence à l'intérêt national. On évoquera la référence à l'intérêt national en matière d'exportation des biens culturels, celle de certains mécanismes fiscaux et enfin celle des lois de programme relatives au patrimoine culturel.

Le problème juridique posé par l'exportation des biens culturels n'était pas tant de contrôler la circulation des biens déjà protégés sur le fondement du régime général et de l'intérêt public, c'est-à-dire classés en France, mais surtout de contrôler la circulation des biens non protégés, de propriété privée, dont l'existence pouvait même être inconnue par les services des Beaux-Arts. Il fallut donc soumettre les particuliers à une obligation de demande d'exportation pour les biens dont la nature et/ou l'ancienneté laissaient supposer qu'ils pouvaient constituer des biens culturels. Pour cela, on estima qu'il était nécessaire de mettre en œuvre un intérêt plus intense que l'intérêt public, c'est-à-dire un intérêt permettant l'application d'un régime de protection vis-à-vis de biens dont n'avait pas été reconnue préventivement la qualité de biens culturels par un classement. Le critère national fut retenu car il paraissait justifier la mise en œuvre d'une servitude plus lourde que celle découlant de la reconnaissance d'un intérêt public comme dans le régime juridique général ; lourde non pas tant par les formalités exigées pour la demande d'autorisation d'exportation mais par la possibilité de refus d'autorisation avec toutes les conséquences qui en découlaient en matière de déperissement de la valeur vénale du bien. Bref l'intérêt national offrait l'équilibre recherché entre l'intensité de la servitude et le petit nombre de cas où elle avait vocation à s'appliquer. La possibilité pour l'administration d'utiliser son droit de rétention, c'est-à-dire d'acheter le bien au prix indiqué par le propriétaire dans la demande d'autorisation d'exportation, était certes un moyen de lutter contre les tentatives d'exportation frauduleuses<sup>171</sup>, mais c'était aussi un mécanisme qui s'inscrivait dans la logique de la référence à la nation

---

<sup>171</sup> Les exportations étaient soumises à une taxe proportionnelle à la valeur de l'objet. Les propriétaires pouvaient être tentés de déclarer une valeur inférieure à la valeur réelle mais l'administration pouvait alors les prendre au mot et acquérir le bien à la valeur déclarée. Contraires aux traités de Rome les taxes furent supprimées par le décret du 7 novembre 1958 en France et par la loi du 8 août 1972 n.487 en Italie.

en "fermant le cercle" en quelque sorte. Il était normal qu'un bien reconnu d'intérêt national entrât ainsi dans les collections nationales <sup>172</sup>.

Le critère de l'intérêt national a constitué pendant 70 ans l'aune de l'autorisation des exportations d'objet d'art. La loi française du 31 décembre 1921 rendait susceptibles d'interdiction d'exportation les seuls « *objets mobiliers de propriété privée présentant un intérêt exceptionnel d'histoire ou d'art et qui seraient de nature à figurer dans les collections nationales* » <sup>173</sup>. Les objets classés, en tout état de cause, ne pouvaient pas sortir du pays <sup>174</sup>. A partir de 1941, la double condition de l'intérêt exceptionnel d'histoire ou d'art d'une part et de la possibilité de figurer dans les collections nationales d'autre part fut abandonnée au profit d'un critère plus large, et donc plus restrictif quant aux possibilités de circulation, celui de l'« *intérêt national d'art ou d'histoire* » <sup>175</sup>.

Dans le domaine de la fiscalité des œuvres d'art, la loi française n°68-1251 du 31 décembre 1968 *tendant à favoriser la conservation du patrimoine national* a créé deux mécanismes qui confèrent caractère libératoire de certains impôts à la remise d'œuvre d'art à des collections publiques : la donation d'objets d'art à des collections publiques en l'échange de l'exonération de droits de mutation d'une part et la dation d'œuvres d'art à l'Etat en paiement de droit de successions d'autre part <sup>176</sup>. La dimension nationale de ces mécanismes réside, outre la formulation de l'intitulé, dans la circonstance que les donations et les dations ne peuvent être faites qu'à l'Etat, et, plus précisément, uniquement à des musées nationaux. La pratique de la dation, qui montre la commission chargée de se prononcer sur l'acceptation des biens proposés ne retenir que les biens « *d'une réelle importance pour l'enrichissement du patrimoine national* », confirme le caractère « exclusif » du mécanisme <sup>177</sup>.

La référence à la nation joue enfin un rôle de premier plan dans les lois de programme françaises relatives au patrimoine culturel. Selon l'article 34 de la Constitution, les lois de

---

<sup>172</sup> D'ailleurs, dans la loi italienne de 1902 l'achat en douane était la seule possibilité dont l'administration disposait pour empêcher l'exportation d'un bien. A partir de la loi de 1909 l'achat en douane devient facultatif.

<sup>173</sup> Loi du 31 décembre 1921 *portant fixation du budget général pour l'exercice 1922*, JORF, 1<sup>er</sup> janvier 1922.

<sup>174</sup> Selon l'article 21 de la loi du 31 décembre 1913 « *l'exportation hors de France des objets classés est interdite* ».

<sup>175</sup> L'article 1<sup>er</sup> loi du 23 juin 1941 relative à l'exportation d'œuvres d'art (JORF, 19 juillet), prévoyait que « *les objets présentant un intérêt national d'histoire ou d'art ne pourront être exportés sans une autorisation du [ministre], qui devra se prononcer dans un délai d'un mois à partir de la déclaration fournie à la douane par l'exportateur* ». A lui seul, cet intérêt ne permettait toutefois pas à l'administration de refuser l'autorisation de sortie pour les objets dans lesquels elle estimait qu'il était présent. La loi de 1941 avait ajouté des conditions matérielles tenant à la nature et à l'ancienneté des biens. Les objets d'ameublement postérieurs à 1830, les œuvres des peintres, graveurs et dessinateurs, sculpteurs, décorateurs postérieures au 1<sup>er</sup> janvier 1900 ainsi que les objets provenant des fouilles pratiquées en France ou en Algérie n'étaient pas soumis au régime de l'exportation des œuvres d'art afin de n'entraver ni le marché de l'art contemporain, ni le marché antiquaire.

<sup>176</sup> Ces mécanismes ont été intégrés au Code général des impôts, à l'article 1131 pour la donation d'objets d'art à des collections publiques en l'échange de l'exonération de droits de mutation, et à l'article 1716 bis pour la dation d'œuvres d'art en paiement de droit de successions.

<sup>177</sup> FRIER (P.L.), *Droit du patrimoine culturel*, Paris, PUF, 1997, 378.

programme «*déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat*». Pour J.-M. Pontier, ces lois sont le moyen «*d'inscrire dans un texte les objectifs à moyen terme de l'Etat dans un domaine déterminé, ici celui de la protection du patrimoine. Elles regroupent, dans un même texte, les crédits que l'Etat entend consacrer, sur la période donnée, à ce domaine*»<sup>178</sup>. Plusieurs lois de programme ont été votées dans le domaine des monuments historiques. La première loi de programme, votée en 1962<sup>179</sup> ne contenait qu'un seul article ainsi rédigé: «*Est approuvé un programme de travaux de restauration de grands monuments nationaux portant sur les années 1962 à 1967*». L'expression *grands monument nationaux* est à elle seule significative. L'exposé des motifs de la loi indique en outre clairement que «*(...) la sauvegarde (des monuments dont la France est riche) est une tâche d'intérêt national, au sens le plus élevé du terme*»<sup>180</sup>. Les financements prévus par cette loi furent concentrés sur un nombre extrêmement réduit de monuments (7 en tout) qui constituaient les archétypes du monument national<sup>181</sup>. La majorité était située à Paris ou dans les abords immédiats de la capitale, tous appartenaient à l'Etat. La seconde loi de programme, votée en 1967, permettait de financer des travaux portant sur des monuments historiques classés appartenant non plus seulement à l'Etat mais également à des collectivités locales<sup>182</sup>. Le nombre de monuments qui bénéficia de ces crédits fut, de même qu'en 1962, extrêmement limité. Pour sa part, l'Etat préféra poursuivre les travaux entamés sur certains des monuments déjà financés par la loi de 1962 et n'ouvrit que deux nouveaux chantiers: la cathédrale de Notre-Dame de Paris et l'abbaye de Fontevault. Seul un monument appartenant à une collectivité locale bénéficia d'un financement, la cathédrale de Strasbourg.

Dans sa très grande majorité la doctrine estime que l'intérêt national en matière de biens culturels est plus intense que l'intérêt public en matière de biens culturels. Selon M. Durupty «*l'intérêt national est une catégorie plus étroite de l'intérêt général*», pour J.-M. Pontier «*l'intérêt national n'est qu'une partie de l'intérêt public*» et pour J. Untermaier

---

<sup>178</sup> PONTIER (J. M.), "La loi de programme relative à la protection du patrimoine monumental (Loi n°93-1437 du 31 décembre 1993)", *ALD, comm. légis.*, 1994, 133-140, 135.

<sup>179</sup> Loi de programme n°62-880 du 31 juillet 1962 *relative à la restauration de grands monuments historiques*, *JORF*, 2 août 1962, 7651.

<sup>180</sup> Cité par PONTIER (J. M.), "La protection du patrimoine monumental", *RFDA*, 1989, 768.

<sup>181</sup> Le palais du Louvre, le palais de Versailles, le palais de Fontainebleau, l'hôtel des Invalides, le château de Vincennes, le château de Chambord et la cathédrale de Reims.

<sup>182</sup> Loi de programme n°67-1174 du 28 décembre 1967 *relative à la restauration des monuments historiques*, *JORF*, 29 décembre, 12856.

« l'intérêt national c'est d'abord la manifestation d'une valeur artistique ou historique de tout premier ordre : en ce sens le national dépasse le régional ou le local »<sup>183</sup>.

#### b) En Italie

Le droit positif italien ne fait pas moins de cinq références à l'intérêt national : la référence en matière d'exportation, la référence de l'article 733 du code pénal, celle en matière d'expropriation, celle en matière de financement par l'Etat de travaux exécutés d'office sur des biens privés et enfin celle de l'article 9 alinéa 2 de la Constitution.

En matière d'exportation de biens culturels, l'Italie a dû faire face à la même difficulté que celle rencontrée en France : à savoir contrôler l'exportation des biens privés qui n'avaient pas fait l'objet d'un acte de reconnaissance officiel de la part de l'administration (notification d'intérêt jusqu'en 1999 et déclaration d'intérêt à partir de 1999). Et comme le droit français, le droit italien y a répondu en introduisant le critère de l'intérêt national. Le droit italien est demeuré quasiment immuable en matière d'exportation depuis la loi de 1939. L'article 35 de cette loi interdisait l'exportation de choses présentant, selon les termes de l'article 1, un intérêt artistique, historique, archéologique et ethnologique, si cette exportation était de nature à constituer « *un très grand dommage [ingente danno] pour le patrimoine historique et culturel national* ». La réforme de 1972 (loi du 7 août 1972 n.487) a supprimé le qualificatif « très grand » et c'est donc la condition du seul « *dommage pour le patrimoine historique et culturel national* » qui a été reprise dans le texte unique (article 66).

L'article 733 du code pénal de 1931, toujours en vigueur, punit les « *dommages au patrimoine archéologique, historique ou artistique national* ». Le recours à l'intérêt national par le droit pénal s'explique par des raisons proches de celles observées en matière d'exportation. Le système de protection créé par la loi de 1909 avait introduit le mécanisme de la notification de l'intérêt important au point de vue de l'histoire, de l'archéologie, de la paléontologie ou de l'art, des biens de propriété privée (articles 1 et 5). Les biens ayant fait l'objet d'une telle notification se voyaient appliquer un régime juridique qui comportait, entre autres, l'interdiction de toute démolition, de tout déplacement, de toute modification ou de toute restauration sans l'autorisation du ministre (articles 12 et 13). Toute violation de ces interdictions entraînait l'application d'une sanction. Il résultait de ces dispositions que les dommages portés à des biens culturels de propriété privée n'étaient sanctionnés que s'il

---

<sup>183</sup> DURUPTY (M.), *L'Etat et les Beaux Arts*, thèse, 1964, 246 ; PONTIER (J.M.), "La protection du patrimoine monumental", *RFDA*, 1989, 767 ; UNTERMAIER (J.), "La qualification des biens culturels en droit français", JEGOUZO (Y.) dir., *Droit du patrimoine immobilier*, Economica, 1986, 28.

s'agissait de biens ayant fait l'objet d'une notification d'intérêt important <sup>184</sup>. La conception souveraine du droit de propriété laissait les propriétaires de biens n'ayant pas fait l'objet d'une notification d'intérêt entièrement libres d'user et d'abuser de leurs biens de la manière la plus large. Le risque n'était pas tant la destruction active que la passivité du propriétaire qui, par manque de moyens, par négligence ou par calcul, pouvait ne pas procéder aux travaux que l'état du bien rendait nécessaires. C'est pour cette raison qu'une mesure d'ordre pénal capable d'atteindre les dommages portés à des biens n'ayant pas fait l'objet d'une notification fut introduite dans le code pénal de 1931 <sup>185</sup>. Il s'agissait de trouver un critère capable de rendre possible l'incrimination de tels actes <sup>186</sup>. Le critère national fut choisi car, vraisemblablement, il présentait deux avantages: non seulement celui de permettre d'étendre un contrôle public minimum sur les biens non protégés officiellement, mais également celui d'être, somme toute, d'une portée assez relative car l'évaluation du dommage n'était pas rapportée au bien lui-même mais au patrimoine culturel dans son ensemble <sup>187</sup>.

En Italie, entre 1939 et 1999 le critère permettant à l'administration compétente de procéder à l'expropriation d'un bien culturel, fut le critère national. La loi de 1939 (article 54) exigeait que l'expropriation réponde à « *un intérêt important en relation à la conservation ou à l'accroissement du patrimoine national protégé par la présente loi* ».

De 1961 à 1999 l'intérêt national fut un des critères permettant à l'Etat de prendre à sa charge une partie du montant ou l'intégralité du montant de travaux qu'il avait fait réaliser directement sur des biens privés pour « *assurer la conservation et empêcher la détérioration des biens culturels* », comme les articles 14 et 15 de la loi de 1939 lui en donnait la possibilité <sup>188</sup>. Plus précisément le ministre responsable pouvait décider d'abandonner l'acquisition forcée, qui était jusqu'en 1961 le moyen de 'se rembourser' et de prendre à sa charge une partie ou tout le montant des travaux réalisés « *si il s'agissait de travaux d'intérêt particulier* ».

---

<sup>184</sup> Ce principe a été repris par les lois successives: articles 11, 12 et 59 de la loi de 1939, articles 21 et 118 du texte unique de 1999.

<sup>185</sup> « *Toute personne qui détruit, détériore ou endommage, de quelque manière que ce soit, un monument ou toute chose dont elle est propriétaire et dont elle est consciente de la valeur importante, est punie, si un tel comportement entraîne un préjudice au patrimoine archéologique, historique ou artistique national, d'une peine de prison d'un maximum d'un an et d'une amende d'un minimum de 4 millions de liras. La chose détériorée ou endommagée peut être confisquée* ». Le code pénal a été approuvé par le décret royal du 19 octobre 1930 n°1398 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1931.

<sup>186</sup> Toujours du moment que le bien n'a pas fait l'objet d'une notification ou qu'il ne peut pas être considéré comme faisant partie du domaine historique et artistique d'une personne publique, les dégradations qu'il subit de la part de personnes autres que son propriétaire ne font pas l'objet d'une incrimination supplémentaire à celle de la dégradation de bien d'autrui (article 647 du code pénal), à la différence du droit pénal français (article 322-2 alinéas 3 et 4 du nouveau code pénal).

<sup>187</sup> Selon le principal commentateur de cette disposition « *le dommage doit concerner un monument particulièrement significatif ou une chose d'antiquité ou d'art d'un intérêt culturel exceptionnel, unique ou très rare* », PIOLETTI (G.), "Patrimonio artistico (reati)", *Enc. dir.*, XXXII, 1982, 417.

<sup>188</sup> Loi du 21 décembre 1961, n°1552, *Disposizioni in materia di tutela di cose di interesse artistico e storico*, article 3 alinéa 1.

*en relation (en matière de) à la conservation, à la remise en l'état ou à l'accroissement du patrimoine artistique ou historique de la Nation, ou de travaux exécutés sur des choses d'utilisation ou de jouissance publique, protégées par la loi de 1939 ».*

Enfin l'article 9 alinéa 2 de la constitution italienne de 1948 dispose que « *[La République] protège [...] le patrimoine historique et artistique de la Nation* ». La référence à la Nation, réalisée par le plus haut degré normatif du système juridique italien, aurait pu irriguer l'ensemble du droit de la protection. Il n'en a rien été pour deux raisons. Premièrement la loi de 1939 était antérieure à l'article 9 alinéa 2. Elle n'a pas été modifiée à la suite à l'entrée en vigueur de la constitution. Deuxièmement l'article 9 alinéa 2 ne fondait aucun régime juridique propre. Loi et constitution sont donc restées, jusqu'en 1999, dans des sphères réciproquement indépendantes. Les commentaires se sont limités, pour la plupart, à indiquer que *la nation* évoquée par cet article constitutionnel se rapportait, comme l'ensemble des références que le texte constitutionnel faisait à la nation, à la définition classique de la nation en droit constitutionnel c'est-à-dire à la société civile au sens de communauté gouvernée (ou de groupe politique organisé), dit brièvement Etat-société ou encore Etat-communauté <sup>189</sup>. Une telle interprétation, sans doute moins erronée qu'incomplète, ne permet pas d'approfondir le sens de la référence à la nation qui est en cause. Tout au plus peut-on en déduire qu'elle s'oppose à toute interprétation de la nation dans le sens d'Etat-système, c'est-à-dire l'appareil institutionnel et administratif étatique, ce qui n'aurait pas de sens car elle exclurait du champ de l'article non seulement les biens qui entrent dans la sphère d'intérêt des collectivités locales ou d'autres établissements publics mais également les biens qui relèvent de personnes privées <sup>190</sup>. Globalement l'orientation doctrinale donne de l'intérêt national évoqué par l'article 9 alinéa 2 de la Constitution une interprétation « large » et même « la plus large ». L'intérêt national constitutionnel inclurait potentiellement tout ce qui est important pour l'Etat-communauté, c'est-à-dire pour la communauté organisée, à un moment donné. Elle s'opposerait donc à l'intérêt national au sens restrictif de critère de l'exceptionnalité qu'on a trouvé en matière d'exportation et de protection pénale. La jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 9 de la Constitution a eu la même attitude que la doctrine. Elle s'est efforcée de montrer que les biens présentant « seulement » un intérêt local ou

---

<sup>189</sup> MERUSI (F.), "Art. 9", in *Commentario della costituzione a cura di G. Branca. Principi fondamentali*, 1975, Bologna, Zanichelli, 434-460, 446. CRISAFULLI (V.), NOCILA (D.), "Nazione", *Enc. dir.*, t. XXVII, Milano, 1977, 787-815, 810. De manière générale « (...) l'idée de nation est utilisée dans la constitution italienne dans un sens synonyme à celui d'Etat, en alternative à celui de République, surtout à fin d'associer l'action constitutionnelle en cause à l'Etat-communauté plutôt qu'à l'Etat-système », CARROZZA (P.), "Nazione", *DDP*, t. X, Torino, Utet, 1995, 151.

<sup>190</sup> CRISAFULLI (V.), NOCILA (D.), "Nazione", *op. cit.*, 810.



régional ne pouvaient pas être considérés comme exclus de la protection que la République doit apporter au patrimoine historique et artistique de la nation. Nous y reviendrons au chapitre 3.

## 2) L'équivalence entre intérêt public et intérêt national

On voudrait tenter de démontrer ici que l'intérêt public et l'intérêt national en matière de biens culturels ne peuvent plus être considérés comme distincts mais au contraire comme équivalents, ou du moins comme relativement équivalents. Plus précisément, on soulignera que l'intérêt national ne peut plus être considéré comme un intérêt plus restrictif que l'intérêt public. Au contraire même l'intérêt national doit être compris comme, sinon plus large, du moins égal à l'intérêt public. Cette absorption de l'intérêt public par et dans l'intérêt national ne doit pas surprendre. La notion de nation et tout ce qui y fait référence suppose unité et homogénéité. En France J. Chevallier évoque la «*société unie par la nation*», en Italie pour P. Carroza la référence à la nation exprime «*l'exigence de réduction à l'unité de la complexité sociale qui se reflète dans les institutions*»<sup>191</sup>.

### a) France

En France, les références du droit positif à l'intérêt national peuvent de moins en moins être interprétées dans le sens d'une différence d'intensité entre l'intérêt public et l'intérêt national.

La loi du 23 juin 1941 permettait à l'administration de refuser l'autorisation d'exportation d'une œuvre présentant un «*intérêt national d'art ou d'histoire*». Certains refus d'exportation, pris sur ce fondement, ainsi que d'autres décisions liées à ces refus comme l'exercice du droit de retenue en douane, firent l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. Des propriétaires contestèrent, entre autres, que les œuvres qu'ils proposaient à l'exportation puissent se voir appliquer cette loi alors qu'il s'agissait d'œuvres qu'ils qualifiaient d'étrangères, la loi faisant explicitement référence à un critère national. Dans l'affaire *Héli de Tallerand-Périgord*, le requérant avançait entre autres moyens que des desseins de maîtres vénitiens pouvaient présenter un intérêt public mais ne présentaient pas un intérêt national<sup>192</sup>. La question posée était donc celle de l'origine des objets. Le commissaire du gouvernement Kahn y répondit en distinguant le terrain du champ d'application de la loi et le terrain de

---

<sup>191</sup> CHEVALLIER (J.), "L'Etat-nation", RDP, 1981, 1271-1302, 1285 ; CARROZA (P.), "Nazione", *art. cit.*, 152.

<sup>192</sup> CE, Ass., 12 décembre 1969, *Héli de Talleyrand Périgord*. AJDA, 1970, 34, concl. KAHN; JCP, 1972, II, 17105, obs. MESNARD.

l'appréciation des faits. En examinant tout d'abord le champ d'application de la loi il démontra que l'intérêt national n'était pas supérieur l'intérêt public, sous peine d'incohérence de la loi de 1941. En effet *«si l'intérêt national devait être regardé comme quelque chose de plus que l'intérêt public, alors on ne comprendrait pas pourquoi les objets présentant un simple intérêt public seraient susceptibles d'être classés, c'est-à-dire, notamment, frappés d'une interdiction d'exporter qui s'applique de plein droit, alors que les objets présentant un intérêt national, c'est-à-dire dans la thèse du requérant un intérêt supérieur, seraient soumis à des servitudes moins rigoureuses»*. La distinction entre l'intérêt national et l'intérêt public n'est pas soutenable selon le droit en vigueur. En se plaçant ensuite sur le terrain de l'appréciation des faits, c'est-à-dire de l'origine nationale ou non des objets, il estima que *«ce qui fait l'intérêt national d'un ouvrage ou d'une entreprise, c'est bien plus que la nationalité de son auteur, c'est l'intérêt que lui porte ou qu'est supposé lui porter la nation»*. En d'autres termes, selon le commissaire, un bien n'a pas besoin d'être national pour être inclus dans la catégorie des biens présentant un intérêt national. Le Conseil d'Etat ne retint pas les propositions de son commissaire du gouvernement. Il choisit de régler l'affaire plus simplement en jugeant que règlement d'application (de la loi de 1941) du sur le fondement duquel le refus d'exportation avait été pris était illégal. Néanmoins, la "doctrine Kahn" devait très durablement marquer la jurisprudence ultérieure du juge administratif. L'interprétation qu'il a donné du champ d'application de la loi est toujours implicitement reprise. Désormais, lorsque le Conseil d'Etat doit se prononcer sur l'application faite par l'administration du critère national (s'il s'agit d'une exportation) ou du critère public (s'il s'agit d'un classement) à des objets qui peuvent difficilement être qualifié d'objets nationaux, c'est-à-dire répondre aux conditions de production en France par des artistes français (une jarre chinoise de l'époque Yuan, un tableau peint en France par un artiste étranger et ayant quitté la France après la mort du peintre - *Le jardin à Auvers* de V. Van Gogh -) il tient pour acquis que l'intérêt national n'est ni plus intense ni plus restrictif que l'intérêt public. Il concentre toute son attention sur les aspects relatifs à l'appréciation des faits. Utilisant l'autre apport du commissaire du gouvernement, il cherche à savoir si l'intérêt que la nation porte à un objet d'art entièrement ou partiellement étranger permet de le protéger au sens de la loi française. Nous n'aborderons pas ces aspects qui sont étrangers à la question que nous étudions <sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> CE, 7 octobre 1987, *Consorts Genty*, *AJDA*, 1987, 724; concl. VAN RYMBEKE, *RFDA*, 1988, 861; CE, 27 mars 1981, *Schlumpf*, 168; CE, 31 juillet 1992, *Walter*, 313, note R. BRICHET, *JCP*, G, II, 1993, 22044, note D. THOMAS, *D*, Jurisp., 1994, 17; POLI (J.F.), "Le classement d'un tableau de Van Gogh comme «monument historique». Note sous Conseil d'Etat, 31 juillet 1992 M. Jacques Walter", *RFDA*, 1994, 265

Toujours dans le domaine de l'exportation des biens culturels, la loi du 31 décembre 1992 *relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation* a remplacé la loi de 1941 pour tenir compte de la législation communautaire qui permet, par dérogation, aux Etats membres de refuser l'exportation de biens culturels lorsqu'ils constituent des trésors nationaux. La loi de 1992 réalise la jonction entre l'intérêt national et l'intérêt public. Elle indique dans son article 4 que trois catégories de biens composent l'ensemble qualifié de trésors nationaux: les biens appartenant aux collections publiques, les biens classés et les biens «*présentant un intérêt majeur pour le patrimoine national du point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie*». Cette dernière catégorie fut créée, ou plutôt recrée afin d'éviter l'ouverture d'une brèche dans la protection. Ce faisant, elle met sur le même plan, c'est-à-dire au même niveau juridique l'intérêt national et l'intérêt public même si cette équivalence est faite sous le sceau de l'intérêt national à travers l'expression trésor national. Ce n'est qu'une apparence. Dans la catégorie des biens classés peuvent figurer des biens qui présentent un intérêt public mais pas un intérêt national.

Après une interruption de plus de quinze ans, de nouvelles lois de programme furent votées en 1988 et en 1993 <sup>194</sup>. Le critère national est apparemment abandonné ou en tout cas mis en retrait alors que l'intérêt public (ou général) prend de plus en plus d'importance. Mais, en même temps, le critère national est toujours, implicitement ou plus ouvertement, repris et utilisé. Les lois de programme de 1988 et de 1993 affichent un objet beaucoup plus large que la poignée de monuments exemplaires retenus par les lois de 1962 et de 1967. La loi de 1988 étend les financements aux monuments n'ayant fait l'objet que d'une simple inscription à l'inventaire (alors qu'auparavant seuls les travaux portant sur des monuments classés pouvaient être financés). La loi de 1993 se fixe comme but de financer la conservation «*du patrimoine monumental culturel d'intérêt public*» (article 1) en abandonnant le critère du classement ou de l'inscription préalable. Cet élargissement ressort également des travaux parlementaires où il est explicitement fait référence au patrimoine non protégé comme inclus dans la notion de *patrimoine monumental culturel d'intérêt public*. L'extension semble donc de grande ampleur. En fait, elle doit être relativisée. Les orientations d'application de la loi de 1993, présentées dans le rapport de la commission des affaires culturelles du Sénat, indiquent qu'il était d'ores et déjà envisagé d'attribuer une partie du financement prévu à un petit nombre d'opérations dites d'importance nationale qui regardent des monuments particulièrement

---

<sup>194</sup> Loi de programme n°88-12 du 31 décembre 1988 *relative au patrimoine monumental*, JO, 6 janvier, 207 et loi de programme n°93-1437 du 31 décembre 1993 *relative au patrimoine monumental*, JO, 4 janvier 1994, 129.

célèbres ou importants <sup>195</sup>. Là encore ce que démontre cette interpénétration du critère de l'intérêt public et du critère de l'intérêt national c'est finalement leur équivalence.

On a vu ci-dessus précédemment que la loi du 31 décembre 1968 permettait à des particuliers de s'acquitter des droits de succession en remettant des objets d'art aux collections nationales (mécanisme de la dation). Elle exonérait également de droits de mutation les particuliers qui décideraient de faire don d'œuvres d'art aux collections nationales (donation). En 1986 le législateur a procédé à une modification du mécanisme de la donation. Les donations peuvent être attribuées à des musées municipaux et non plus seulement à des musées nationaux <sup>196</sup>.

Enfin, à l'inverse de la doctrine précédemment citée pour laquelle l'intérêt national est plus étroit et plus intense que l'intérêt public, d'autres auteurs à l'instar de D. Truchet qui défend « *l'unité fonctionnelle de la notion d'intérêt général* », montrent précisément que l'intérêt national devrait être tenu pour équivalent de l'intérêt public. « *L'intérêt national s'applique non seulement à ce qui concerne le pays tout entier mais en même temps à ce qui présente un intérêt public pour l'ensemble de la communauté nationale* ». La différence entre intérêt national et intérêt général n'est pas pour lui « *une différence de nature, mais une différence d'intention : l'expression intérêt national est plus solennelle* ». Sa démonstration repose sur l'identité de fonction que remplissent ces intérêts prétendument différents mais « *dont l'unité est très forte* » <sup>197</sup>. Pour lui, cette fonction est identique vis-à-vis du juge. Elle est également identique vis-à-vis des particuliers en permettant une compression plus ou moins forte de leurs libertés.

#### b) En Italie

On observe la même évolution en Italie.

Le texte unique de 1999 a modifié le critère de l'expropriation. Il ne s'agit plus de l'intérêt national comme depuis 1939 mais de l'intérêt public. L'expropriation doit désormais répondre à un « *important intérêt lié à l'amélioration des conditions de protection dans un but*

---

<sup>195</sup> La plupart de ces monuments sont classés et appartiennent à l'Etat. Plusieurs ont déjà fait l'objet d'un financement au titre des lois de programme précédentes: Notre-Dame de Paris, l'abbaye de Fontevault, la cathédrale de Chartres. Quatre monuments sont situés à Paris. Ces indications figurent dans HUGOT (J.P.), "Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles du Sénat sur le projet de loi de programme, relatif au patrimoine monumental", *Doc. Sénat*, Première session extraordinaire, 1993-1994, n°201, 37.

<sup>196</sup> Article 7-III de la loi n°86-972 du 19 août 1986, désormais intégré au Code général des impôts, article 1131, 1<sup>er</sup> premier alinéa *in fine*.

<sup>197</sup> Les citations se trouvent respectivement aux pages 277, 283, 284 et 287 de TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général*, *op. cit.*

de jouissance publique des biens» (article 91). En France le critère de l'expropriation de monuments historiques est « l'intérêt public » (article 6 de la loi modifiée de 1913).

Le texte unique a par ailleurs abandonné le pouvoir d'acquisition forcée du bien que l'Etat pouvait exercer pour se rembourser des dépenses que lui avait occasionnées son intervention directe là où le propriétaire privé s'était montré défaillant. Les critères, dont l'intérêt national, qui justifiaient le financement total ou partiel à la charge de l'Etat, ont donc été abandonnés par voie de conséquence. L'Etat peut toujours intervenir financièrement, mais cette intervention relève désormais d'un pouvoir discrétionnaire qui ne fait plus appel à l'évaluation de la présence de l'intérêt national et qui est donc plus étendu (articles 37 et 41 du texte unique).

Mais l'évolution la plus importante provient de l'article 1 du texte unique qui a jeté le « pont » qui manquait et qui était source d'isolement réciproque, entre l'article 9 de la Constitution et la législation en vigueur. Ce faisant il a posé le problème du rapport entre l'intérêt public et l'intérêt national. Toutefois, il l'a résolu en même temps qu'il le posait. L'article 1 du Texte unique, disposition nouvelle introduite par le législateur délégué, est rédigé en ces termes « *les biens culturels qui composent le patrimoine historique et artistique national sont protégés selon les dispositions de ce titre, en application de l'article 9 de la Constitution* » <sup>198</sup>. Le problème du rapport entre l'intérêt public et l'intérêt national est d'autant plus explicite que cet article ne se contente pas de faire référence à l'article 9 de la Constitution mais qu'il reprend à son propre compte et donc transfère au rang législatif, le critère de l'intérêt national en évoquant le « *patrimoine historique et artistique national* ». Ainsi, la loi s'inscrit-elle désormais sous le double sceau de l'intérêt national et de l'intérêt public. Mais, loin d'être source de complexité cette interpénétration nous livre une solution évidente. Sous peine d'incohérence du texte unique de 1999 les deux intérêts, le public (qui fonde le régime général de protection) et le national (auquel l'article 1 fait référence) doivent être tenus pour équivalents.

Enfin, A. Pizzorusso, dont on a déjà rencontré les thèses, défend depuis longtemps l'idée qu'intérêt public et intérêt national ne présentent pas de différences fondamentales <sup>199</sup>.

Dans la plupart des cas où l'intérêt national avait été évoqué pour permettre une protection plus restreinte et plus intense que celle offerte par l'intérêt public, on a observé que

---

<sup>198</sup> Le titre I du texte unique est relatif aux biens culturels et le titre II aux biens paysagers ou environnementaux.

<sup>199</sup> PIZZORUSSO (A.), "Interesse pubblico e interessi pubblici", *art. cit.*, 61, note 8.

la distinction ne tenait finalement pas et que, soit à la suite de risques d'incohérences internes (en France), soit à la suite de réformes récentes (en France et en Italie), les deux intérêts devaient être considérés comme équivalents. Cette conclusion est encore partielle. Certaines références à l'intérêt national justifient encore des régimes plus exclusifs que ceux commandés par l'intérêt public (l'article 733 du code pénal italien, la dation d'objets d'art aux seules collections nationales en droit français). Mais la masse critique des références semble avoir basculée du côté de l'équivalence.

## **B. La modulation de l'intensité de l'intérêt public**

Les deux droits positifs qu'on étudie décomposent le principal intérêt évoqué par les lois nationales, celui qui fonde le régime général de la protection, à savoir l'intérêt public, en autant d'intensités différentes que le législateur l'estime nécessaire.

Il existe deux modulations. L'une est propre à la France ; c'est celle qui commande la distinction entre le classement et l'inscription (1). L'autre est commune, du moins partiellement commune, aux deux droits ; c'est celle qui, dans certains cas, commande que les biens de propriété privée présentent, pour être protégés, un intérêt d'une intensité supérieure à celle exigée vis-à-vis des biens de propriété publique (2). L'existence de ces modulations de l'intérêt public en matière de biens culturels pose la question de leur cohérence avec les conceptions nationales de l'intérêt public tout court (3).

### **1) La modulation en fonction du degré d'intérêt culturel en France**

L'intérêt public en matière de conservation des monuments avait semblé être incarné, une fois pour toutes, dans la formule de l'article 1 de la loi du 31 décembre 1913 « *Les immeubles dont la conservation présente au point de vue de l'histoire ou de l'art un intérêt public, sont classés comme monuments historiques(...)* ». Mais la loi du 23 juillet 1927 a introduit dans le système français une "variante" de cet intérêt public en prévoyant que « *les immeubles ou parties d'immeubles publics ou privés qui, sans justifier une demande de classement immédiat, présentent un intérêt d'histoire d'art suffisant pour en rendre désirable la préservation, pourront (...) à toute époque, être inscrits (...) sur un inventaire supplémentaire* » (article 2 alinéa 4 de la loi de 1913) <sup>200</sup>. L'inscription sur l'inventaire des monuments historiques est en effet une autre forme de protection, allégée et plus souple que le

---

<sup>200</sup> La loi du 23 juillet 1927 ne prévoyait que l'inscription des biens immeubles. La loi du 23 décembre 1970, complétée par le décret du 11 octobre 1971, l'a étendue aux biens meubles mais en excluant les biens meubles de propriété privée.

classement et qui entraîne beaucoup moins de conséquences vis-à-vis du droit de propriété <sup>201</sup>. Elle a pour seul effet d'obliger le propriétaire à déclarer à l'administration tout projet de modification portant sur le bien inscrit. Si l'administration souhaite s'y opposer, elle ne peut le faire qu'en procédant au classement du bien (article 2 alinéa 4 de la loi de 1913). L'*intérêt suffisant*, l'inscription et la protection souple qui en découlent ont été introduits dans l'ordre juridique afin de pallier la rigidité du classement et l'ampleur des servitudes qu'il faisait naître, en un mot pour remédier à sa disproportion voire à son inutilité par rapport à certaines réalités patrimoniales.

## 2) La modulation en fonction de la nature de la propriété en France et en Italie

Les modulations des intérêts publics qu'on observe en France et en Italie en fonction de la nature de la propriété des biens sont les échos des conditions historiques au sein desquelles les deux systèmes de protection sont apparus et se sont développés. La prudence à l'égard du droit de propriété privée, les difficultés avec lesquelles l'intérêt public de la protection a finalement été reconnu comme supérieur à celle-ci, expliquent que les biens culturels de propriété publique et les biens culturels de propriété privée ne soient pas tout à fait sur un même pied d'égalité. L'intérêt que la loi requiert pour la protection des biens de propriété privée est en général plus élevé que celui qui est demandé pour la protection des biens de propriété publique.

### a) En Italie

Afin que des « choses » appartenant à des propriétaires privés puissent être qualifiées de biens culturels, le texte unique exige que ces choses présentent un intérêt artistique, historique, archéologique, démo-ethno-anthropologique « *particulièrement important* » (article 6). Et logiquement c'est un « *intérêt important* » que la loi exige afin que l'administration puisse procéder à l'expropriation de ces mêmes biens (article 91 du texte unique). En revanche, il n'est pas nécessaire que l'intérêt que présentent ces choses soit particulièrement important afin qu'elles soient considérées comme des biens culturels, s'il s'agit de choses appartenant à des propriétaires publics (ou assimilés). L'intérêt doit certes être toujours artistique ou historique ou archéologique ou démo-ethno-anthropologique, mais un intérêt simple suffit (article 2 du texte unique).

---

<sup>201</sup> En utilisant le mot *inventaire*, la formule légale de l'*inscription à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques* est source de confusion. L'inventaire des biens présentant un intérêt culturel quelconque, activité dénommée catalogation en Italie, vise à dresser un simple état des lieux. Il n'entraîne aucune conséquence (servitude) quant au statut juridique des biens inventoriés. Seule l'inscription sur l'inventaire supplémentaire en entraîne.

Le texte unique italien soumet en outre les biens culturels privés à deux régimes particuliers commandés chacun par un intérêt public propre. Premièrement l'exportation de biens culturels de propriété privée est interdite si, suivant l'article 65 du texte unique, elle « *porte un dommage au patrimoine historique et culturel national* ». Deuxièmement, l'administration peut imposer à un propriétaire privé d'ouvrir son immeuble à la visite si celui-ci présente un « *intérêt exceptionnel* » (article 106 alinéa 1 du texte unique).

#### b) En France

Sur une échelle bien moindre qu'en Italie, la France connaît également une discrimination fondée sur la nature de la propriété des biens. Ce n'est pas que les biens de propriété privée doivent être *plus intéressants* pour être protégés si on peut se permettre ce raccourci ; plus simplement la loi française exclut que des biens privés puissent faire l'objet de protection dans certains cas. En premier lieu la loi du 23 juillet 1927 exclut que les biens meubles de propriété privée puissent faire l'objet d'une inscription. Parmi tous les biens meubles susceptibles de présenter *l'intérêt suffisant* nécessaire seuls les biens publics peuvent être inscrits. En second lieu le droit français ne prévoit pas la protection des collections privées d'objets d'art au titre de la législation sur les monuments historiques, à la différence de ce que prévoit le droit italien depuis près d'un siècle <sup>202</sup>. Certes, le droit français ne prévoit pas non plus la protection des collections publiques en tant que telles mais ces dernières sont protégées, et donc indirectement reconnues, par le puissant régime qui s'applique au domaine public dont elles font partie.

#### 3) La cohérence des modulations de l'intérêt public en matière de biens culturels avec les conceptions nationales de l'intérêt public tout court

On l'a vu, en Italie, l'intérêt public varie si la loi le prévoit et en fonction des situations qu'elle prévoit. Cette souplesse permet au texte unique de moduler l'intensité de l'intérêt public en matière de biens culturels selon des finalités qu'il identifie. La modulation de l'intérêt public ne pose donc pas de difficultés par rapport à ce que suppose en théorie la notion italienne d'intérêt public.

La situation est beaucoup moins simple en France. La coexistence légale de deux intérêts culturels d'intensités différentes ne semble pas cohérente avec la philosophie du système. L'intérêt général substantiel et abstrait, dont l'intérêt public en matière de conservation des monuments historiques n'est qu'un aspect, ne peut pas, en théorie, varier

---

<sup>202</sup> Il existe toutefois des reconnaissances partielles.



d'intensité car il ne connaît pas, par définition, de plus ou de moins et suppose au contraire une homogénéité permanente. Ce n'est pas un hasard si la loi de 1927, celle-là même qui a introduit l'inscription, se situe toujours dans un "entre-deux". D'une part elle prend en compte les impératifs pratiques qui commandent la création d'une forme de protection plus souple ; mais d'autre part elle minimise la différenciation d'intérêt qu'elle introduit. L'alliance de l'impératif pratique et de la cohérence théorique est obtenue par la mise en place d'une double passerelle entre les deux intérêts. Premièrement la loi précise que les biens susceptibles d'être inscrits sont les biens « *qui ne justifient pas une demande de classement immédiate* » ce qui signifie qu'ils pourront plus tard en justifier sans avoir pour autant changé de nature. Deuxièmement la loi prévoit que la seule possibilité dont dispose l'administration pour empêcher qu'un bien inscrit fasse l'objet d'une modification est de procéder au classement de ce bien. On le voit, la loi n'a pas vraiment eu l'intention de créer deux catégories étanches déterminées par deux intérêts publics étrangers l'un à l'autre.

La doctrine et la jurisprudence ont la même attitude que le législateur. Pour l'une et l'autre, la différence entre l'« *intérêt public d'art ou d'histoire* » qui commande le principal régime de protection, le classement, ainsi que l'expropriation, et d'autre part l'« *intérêt d'art ou d'histoire suffisant* », qui permet le déclenchement de l'inscription n'est pas une différence de nature entre les biens dont une partie aurait vocation à être protégée par classement et l'autre par inscription. Le Conseil d'Etat ne contrôle pas le choix que l'administration fait d'une mesure de protection plutôt que d'une autre. Dans un arrêt de 1969 il estime qu'à la suite de l'instruction, l'immeuble « *présente un intérêt historique et artistique justifiant sa protection (et) que le ministre d'Etat chargé des Affaires culturelles était, dès lors en droit, soit de procéder à son classement, soit de l'inscrire sur l'inventaire supplémentaire des monuments historiques* » <sup>203</sup>. En ce qui concerne la doctrine, M. Prieur ne voit dans la procédure d'inscription « *qu'une étape avant le classement, les critères de fond étant pratiquement identiques* » <sup>204</sup>.

Quant à la circonstance que le droit français protège certains biens seulement s'il s'agit de biens publics (les biens privés ne peuvent pas être inscrits et les collections privées ne peuvent pas être protégées) elle ne peut pas être comprise en termes de variation d'intensité de l'intérêt public. Dans ces cas là on assiste tout simplement au maintien de la supériorité de l'intérêt privé sur l'intérêt public.

<sup>203</sup> CE, 19 février 1969, *Société civile immobilière "Les Américains" et "Résidence Carnot"*, 111.

<sup>204</sup> PRIEUR (M.), *Droit de l'environnement*, 3<sup>e</sup> ed 1996, 786. Dans le même sens, DURUPTY (M.), *L'Etat et les Beaux Arts*, op. cit., 246-247.

On peut conclure de ces tentatives de *reducio ad unitatem* que cette concession à la réalité que constitue l'apparition de l'*intérêt suffisant* a théoriquement mis en cause la cohérence, unitaire et homogène, du système. D'où, les efforts déployés par la loi elle-même, par la doctrine et par la jurisprudence afin de donner l'air de maintenir cette cohérence ou du moins d'atténuer les effets qui pourraient lui porter atteinte.

Pour conclure sur l'ensemble du paragraphe on peut avancer qu'en ce qui concerne la distinction entre l'intérêt public et l'intérêt national l'Italie et la France connaissent des situations assez proches.

En ce qui concerne les variations d'intensité de l'intérêt public, la différence est en revanche beaucoup plus affirmée. En Italie, les différentes expressions que la loi utilise (intérêt public particulièrement important, intérêt exceptionnel, ...) font non seulement réellement référence à des intérêts publics différents mais également à des régimes juridiques différents, même si des chevauchements peuvent parfois intervenir. Chaque loi peut identifier un intérêt public précis. Une même loi peut en identifier plusieurs. En revanche pour la France, et toujours en prenant le cas des biens culturels, les tendances centripètes du législateur (la distinction entre un intérêt public d'histoire ou d'art et un intérêt d'histoire ou d'art suffisant) sont toujours rattrapées, corrigées et atténuées par la logique profonde du système français qui est celle de l'unité de l'intérêt général.

A la lumière de ce qui vient d'être dit on va pouvoir reprendre l'étude comparée de l'intérêt public en matière de biens culturels en nous concentrant non pas sur les aspects restrictifs vis-à-vis des droits réels mais sur les aspects centralisateurs qui ont permis à l'Etat de construire son monopole en la matière.

## **PREMIERE PARTIE**

# **L'EXCLUSIVITE DE L'ETAT EN MATIERE D'IDENTIFICATION ABSTRAITE DE L'INTERET PUBLIC RELATIF AUX BIENS CULTURELS EN QUESTION**

### **Introduction de la première partie**

Pendant une très longue période qui va des premières lois nationales de protection (1902-1909 pour l'Italie et 1913 pour la France) jusqu'à la seconde moitié des années 1980 l'Etat fut la seule instance habilitée à identifier abstraitement l'intérêt public en matière de biens culturels, à dire les normes, à poser les critères dans ce domaine (Titre I).

A partir d'un tournant qu'on situe dans les années 1980, cette position de suprématie, ce monopole est remis en cause. L'apparition de nouvelles instances, encouragées, tolérées ou même combattues par l'Etat met en cause son exclusivité (Titre II).

Mais dès l'apparition de concurrents normatifs (donc dès les années 1980) l'Etat réagit. Il réaffirma les compétences normatives maintenues, au besoin en les transformant et tenta de récupérer les espaces normatifs ou quasi normatifs abandonnés (Titre III).

## **Titre I L'exclusivité de l'Etat en matière d'identification abstraite de l'intérêt public relatif aux biens culturels**

L'exclusivité de l'Etat en matière d'identification de l'intérêt public relatif aux biens culturels repose sur deux monopoles.

Le premier, et le plus évident, est le monopole relatif aux identifications abstraites de l'intérêt public (chapitre 1).

Le second, moins perceptible au premier abord, est le monopole relatif à l'encadrement de la détermination concrète de l'intérêt public (chapitre 2) <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Dans ce titre, on ne fait pas, en principe, référence à des textes postérieurs aux années 1980 car ils relèvent d'une logique nouvelle (étudiée au titre II et au titre III) de concurrence avec d'autres textes provenant d'instances disposant d'un pouvoir para normatif. Il arrive néanmoins qu'on en cite. Lorsque c'est le cas, c'est que ces textes suivent encore la logique du monopole étatique. On fera par ailleurs souvent référence au texte unique italien de 1999 dans la mesure où ce texte ne fait que reprendre et ordonner le droit existant.

## CHAPITRE 1 LE MONOPOLE ETATIQUE D'IDENTIFICATION ABSTRAITE DE L'INTERET PUBLIC EN MATIERE DE BIENS CULTURELS

On a vu au chapitre préliminaire qu'en France et en Italie l'identification abstraite de l'intérêt public était en général l'œuvre de la loi. L'identification de l'intérêt public en matière de biens culturels n'a pas dérogé à cette règle et n'a pas emprunté d'autres chemins juridiques que celui de la loi.

Le rôle de la loi doit cependant être compris de manière large. La loi peut en effet charger une norme différente et inférieure à elle de préciser les identifications abstraites dont elle est l'auteur. C'est toujours le pouvoir exécutif national d'Etat, que la loi charge d'une telle compétence. Lorsque le pouvoir exécutif intervient dans les espaces qui lui ont été ouverts par la loi, il dispose d'une compétence d'identification abstraite de l'intérêt public qui est seconde par rapport à celle de la loi qui est première.

Il ne nous est pas paru nécessaire d'organiser les développements de ce chapitre autour de la *suma divisio* classique entre norme première (celle posée par la loi) et norme seconde (celle posée par le pouvoir exécutif en fonction des critères légaux). Au contraire, ce qu'on veut démontrer est la continuité qui existe entre les identifications abstraites premières et les identification abstraites secondes et que l'ensemble des intérêts publics constituent, finalement, un tout.

Aussi le plan de ce chapitre suit-il une autre *suma divisio*, celle imposée par la matière "biens culturels", à savoir d'une part l'objet et d'autre part les finalités. La première section sera consacrée au monopole étatique d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels quant à l'objet de la protection, c'est-à-dire quant aux critères relatifs aux propriétés par lesquelles les biens culturels sont définis. La seconde section portera sur le monopole étatique d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels quant aux finalités, à savoir les critères relatifs aux finalités de la protection, qui tout en fixant des buts aux administrations définissent les différents régimes de protection des biens culturels.

## **Section 1 Le monopole étatique d'identification abstraite de l'objet de la protection**

Ce monopole s'applique tout aussi bien à l'identification abstraite première, celle réalisée par la loi (§ 1) qu'à l'identification abstraite seconde, celle réalisée par le règlement (§ 2).

### ***§ 1 Le monopole étatique d'identification abstraite et première de l'objet de la protection***

L'identification abstraite première est réalisée par le législateur national (A.).  
Corrélativement, aucune autre instance ne concurrence les lois qu'il a adoptées (B.).

#### **A. Le monopole des lois de l'Etat**

Ce monopole relève de l'évidence historique. A l'époque où les premières lois nationales ont été adoptées, les législateurs nationaux disposaient, selon l'expression convenue, de la « *présomption générale de compétence* » pour poser des normes. Ils étaient donc les seules instances compétentes pour poser des normes dans un domaine particulier, celui des biens culturels.

En ce qui concerne la France, il s'agit de la loi du 13 décembre 1913 *sur les monuments historiques* qui a été modifiée de nombreuses fois et qui est accompagnée d'autres lois patrimoniales plus récentes. En ce qui concerne l'Italie, il s'agit du décret législatif du 29 octobre 1999 n. 490 *portant texte unique des dispositions législatives en matière de biens culturels et d'environnement* qui n'est que l'agrégation, avec quelques modifications, de la plupart des textes de rang législatif relatifs aux biens culturels autour de l'ancienne loi du 1<sup>o</sup> juin 1939 n. 1089 *Tutelle des choses d'intérêt artistique et historique* elle-même directement issue de la loi du 20 juin 1909 n. 364 *concernant les antiquités et les Beaux Arts* dont elle fut le perfectionnement technique <sup>1</sup>.

Les deux lois ont posé le principe que la conservation des biens culturels était d'intérêt public en France et était un intérêt public en Italie. Toutefois, elles ne s'en sont pas remises au seul intérêt public même caractérisé sous forme d'intérêt général ou d'intérêt public en

---

<sup>1</sup> GURE, 28 juin 1909 et Legge, 1909, 1442.

matière de biens culturels <sup>2</sup>. Ces deux grandes lois se sont attachées à le préciser, à l'encadrer, à approfondir sa caractérisation au moyen de critères qui ont été préalablement et longuement discutés, comme les débats parlementaires en témoignent <sup>3</sup>.

Comme on a déjà eu l'occasion de le préciser en introduction, les critères légaux liés à l'objet de la protection ne nous intéressent pas en eux-mêmes, de même que ceux de la finalité, examinés dans la section suivante. Ils ne sont que le résultat du mécanisme qui lui nous intéresse, à savoir le mécanisme de l'élaboration de l'intérêt public en matière de biens culturels et son évolution.

Ce sur quoi on insistera en revanche, c'est le caractère très large des critères employés par les lois, aussi bien en France qu'en Italie. Cette largeur même aura de nombreuses conséquences sur la concurrence entre les normes provenant d'instances différentes pour "dire le droit" en matière de biens culturels, et dont les premières seront étudiées au chapitre 3. Les deux systèmes évitent soigneusement tout ce qui pourrait apparaître comme trop précis, comme trop restreignant. Le sentiment qui se dégage est véritablement que les deux législateurs ont cherché à laisser à l'administration l'espace le plus large de façon à ne pas enfermer son action ultérieure (1). Néanmoins au-delà de cet examen, il faudra également mettre en évidence une différence fondamentale entre les deux systèmes, celle de la localisation de l'intérêt public car c'est à notre avis une clé qui permet de comprendre les évolutions en cours (2).

#### 1) La définition de larges critères légaux

Les lois générales de protection n'identifient pas concrètement l'objet ou les objets auxquels elles s'appliquent. Au contraire, elles cristallisent l'intérêt public en matière des biens culturels autour des critères qu'elles définissent. Les critères de protection dégagés constituent l'ensemble des propriétés par lesquelles les biens culturels sont abstraitement

---

<sup>2</sup> Pour J.-M. Pontier, en ce qui concerne la France, «(L')intérêt public, en tout état de cause, est une notion insuffisamment caractérisée pour suffire à prendre en considération l'œuvre d'art. Il est indispensable que cet intérêt soit précisé. C'est ce que tente de faire, depuis plus d'un siècle, la législation». PONTIER (J.-M.), "La notion d'oeuvre d'art", RDP, 1990, 1403-1437, 1428 et 1429. Par ailleurs, les lois précédentes (la loi du 30 mars 1887 relative à la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique, JORF, 31 mars 1881, pour la France et celle du 12 juin 1902 n.185 pour la protection et la conservation des monuments et objets ayant une valeur d'art ou d'antiquité pour l'Italie, reproduite in Legge, 1902, vol. II, 394) ne s'étaient pas contentées, respectivement, de l'intérêt national et de la valeur.

<sup>3</sup> En France, pour la loi de 1913 v. JO, Documents parlementaires, Chambre, 1912, Annexe n°1999, 1343. En Italie, les modes d'élaboration la loi de 1939 ne permettent pas de parler de débats parlementaires mais plutôt de seuls débats techniques entre les services de C. Bottai, ministre de l'éducation nationale et à ce titre responsable des Antiquités et des Beaux Arts et de S. Romano, président du Conseil d'Etat, voir SERIO (M.), "La relazione di Santi Romano a Bottai sul progetto di legge per la tutela delle cose d'interesse artistico o storico", RTDP, 1984, 278-286. Pour le texte unique de 1999, voir les documents présentés en annexe à CAMMELLI (M.) (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, il Mulino, 2000.

définis <sup>4</sup>. Ces critères vont ensuite guider la détermination concrète (c'est-à-dire la qualification), opérée plus ou moins directement par l'administration.

Les deux lois permettent de protéger un champ matériel extrêmement large. La comparaison portera donc plus sur les marges de ce champ que sur le champ lui-même. On se bornera à signaler simplement que le "genre" critères légaux relatifs à l'objet de la protection se compose de trois "espèces" : les critères matériels (a), les critères temporels (b) et les critères de fond (c).

#### a) La largeur des critères matériels

En droit français, les critères matériels indiquent la nature physique des biens susceptibles d'être protégés. Ils sont extrêmement larges. Les textes parlent simplement d'immeubles (article 1 de la loi de 1913) et d'objets mobiliers (article 14) « soit meubles proprement dits soit immeubles par destination » (même article).

Le droit italien ne dessine pas des critères moins larges. L'alinéa 1 de l'article 2 du texte unique est ainsi rédigé : « *Sont des biens culturels soumis au présent Titre : a) les choses immobiles et mobiles qui présentent un intérêt artistique, historique, archéologique ou démographique ; -/-* » <sup>5</sup>. Le texte unique italien apparaît toutefois plus précis que la loi française de 1913 car il indique quels types de choses peuvent être compris parmi la définition précédente : « *Sont comprises parmi les choses indiquées à l'alinéa 1 lettre a) : les choses qui*

<sup>4</sup> L'abstraction et la généralité sont, en France comme en Italie, des symptômes plutôt que des critères de la loi. Il existe des lois, les lois-mesures, qui n'identifient pas l'intérêt public en matière culturelle de manière abstraite et générale mais au contraire de manière concrète et particulière, en identifiant l'intérêt culturel d'un bien ou d'un ensemble de biens. En d'autres termes elles identifient concrètement et particulièrement leur objet. Cette identification ne peut pas être analysée en terme de critères car les lois-mesures ne portent pas sur les qualités des biens à protéger mais désignent directement des réalités. On sait qu'en Italie la prédominance du critère formel sur le critère substantiel des lois permet un recours plus étendu aux lois-mesures qu'en France. Parmi des exemples de lois-mesures en matière de biens culturels, qui sans être nombreux ne sont pas rares, on peut citer celui relatif à la Vallée des temples d'Agrigente. Suite à un glissement de terrain ayant touché la ville d'Agrigente et sa région en juillet 1966, le Parlement italien adopta une loi (28 septembre 1966, n.749) contenant diverses mesures en faveur de la ville sinistrée. L'article 2 bis de cette loi déclarait la Vallée des Temples « zone archéologique d'intérêt national » et remettait à un décret du ministériel le soin de déterminer le périmètre de la zone, les prescriptions d'utilisation des terrains et les servitudes d'inconstructibilité à l'intérieur de cette zone. L'article 18 du texte unique a confirmé que toutes les mesures législatives particulières existantes au moment de l'entrée en vigueur du décret législatif étaient maintenues en vigueur. L'article 18 énumère à ce titre les « interventions de restauration et d'assainissement conservatoire dans la Vénétie insulaire, dans les îles de la lagune et dans le centre historique de Chioggia, et toute autre disposition de loi spéciale ayant pour objet des villes, des complexes architecturaux, des sites ou des zones d'intérêt historique, artistique et archéologique ». Il n'existe en France qu'un seul cas de loi-mesure en matière de biens culturels, la loi n°46-986 du 10 mai 1946 relative à la conservation des ruines et à la reconstruction d'Oradour-sur-Glane (JORF, 11 mai 1946, p. 4035) et dont l'article 1 dispose : « La propriété de l'ensemble constitué par les terrains et les ruines du bourg d'Oradour-sur-Glane est transférée à l'Etat. Cet ensemble est classé monument historique et affecté au ministère de l'Education nationale ».

<sup>5</sup> « -/- b) les choses immobiles qui, à cause de leur référence avec l'histoire politique, militaire, de la littérature et de la culture en général, revêtent un intérêt particulièrement important ;

c) les collections ou séries d'objets qui, par tradition, réputation et caractéristiques particulières liées à leur environnement, présentent, en tant qu'ensemble, un exceptionnel intérêt artistique ou historique ;

d) les archives ;

e) les biens livresques ; »

intéressent la paléontologie, l'histoire et les premières civilisations -/- »<sup>6</sup>. La doctrine italienne est cependant unanime à considérer que la liste de l'article 2 alinéa 1 lettre a) « *n'épuisait pas le genre des biens culturels* » qu'elle n'était donc pas limitative et surtout pas prescriptible<sup>7</sup>. Ce n'était qu'une *esemplificazione* : une illustration au moyen d'exemples. Le droit français ne connaît pas cette méthode, peut-être superfétatoire, et en reste aux seules définitions très générales.

Les deux lois ne consacrent guère de développements aux meubles qui peuvent être rattachés à des immeubles. Le texte unique italien les ignore. Mais la pratique administrative, la doctrine et la jurisprudence italiennes considèrent que par son silence même la loi n'a pas entendu déroger aux dispositions de l'article 817 du code civil italien (et qu'elle y a même fait une référence implicite) qui sous le nom de *pertinenze* désignent les choses destinées de manière durable au service ou à l'ornement d'une autre chose et qui leur fait en tout point suivre le régime de la chose principale, du moment que le rapport de *pertinenza* n'est pas interrompu par le propriétaire (qui détacherait des fresques ou déplacerait des statues scellées, par exemple). Il en résulte que les *pertinenze* d'un immeuble protégé sont *ipso jure* protégées elles aussi. L'équivalent français des *pertinenze* sont les immeubles par destination. Mais si les dispositions, très brèves, que contient la loi de 1913 à leur égard les désignent certes parmi les biens dont la conservation peut présenter un intérêt public, il n'en demeure pas moins qu'elles restent très respectueuses, ou même plutôt timides, vis-à-vis du droit de propriété puisqu'elles ne reprennent pas à leur compte la catégorie civiliste de l'immeuble par destination. La loi de 1913 range en effet les immeubles par destination parmi les objets mobiliers. Et le régime de protection des objets mobiliers est un régime moins protecteur que celui des biens immeubles et donc plus favorable au propriétaire. On verra au chapitre 2 que la pratique administrative va s'engager dans une correction toute personnelle de ces dispositions légales.

Le droit italien mentionne expressément les ensembles de meubles, les collections, comme biens susceptibles d'être protégés. Selon l'article 2 alinéa 1 du texte unique, « *sont des biens culturels soumis aux règles du présent titre : (...) c) les collections ou séries d'objets qui, par tradition, réputation et caractéristiques particulières liées à leur environnement,*

---

<sup>6</sup> « ... b) des choses d'intérêt numismatique ; c) les manuscrits, les autographes, les carteggi, les documents importants, les incunables de même que les livres, les estampes, les incisions ayant un caractère de rareté et de valeur ; d) les cartes géographiques e les partitions musicales ayant un caractère de rareté et de valeur artistique ou historique ; e) les photographies avec leurs négatifs et leurs matrices respectives ayant un caractère de rareté et de valeur artistique ou historique »

<sup>7</sup> ALIBRANDI (T.) FERRI (P.), *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, 1995, 162.



*présentent, en tant qu'ensemble, un intérêt exceptionnel d'art ou d'histoire (...) »*. Cette prise en compte d'une réalité culturelle aussi fondamentale que la collection est une des qualités de la loi italienne. Elle a été favorisée par la circonstance que le droit civil italien connaissait l'universalité de meubles dont l'article 816 du code civil précise qu'il s'agit d'une pluralité de choses meubles qui appartient à une même personne et qui a une destination unitaire en vertu de laquelle elle se présente comme une chose nouvelle sous un profil fonctionnel et économique. De son côté, le droit français de la protection ne prend pas en compte les collections, mises à part des exceptions très limitées, et souffre ainsi d'une grave lacune. Il est vrai, à sa décharge, qu'il aurait eu tout à créer puisque, en matière de meubles, le droit civil français ne connaît que des individus. Le législateur de 1913 ne s'est sans doute pas senti de taille à bouleverser, à lui seul, les catégories civilistes héritées de siècles d'histoire juridique. Les législateurs ultérieurs qui ont modifiée cette loi non plus.

En outre, en droit italien, la nature matérielle de certains biens suffit à elle seule à en faire des biens protégeables. En particulier, l'article 3 alinéa 1 lettre a) du texte unique considère les « *fresques, armoiries, graffitis (...) tabernacles et autres ornements d'édifices* » comme des biens culturels. Il reprend la loi de 1939 qui reprend celle de 1909 qui reprend elle-même une loi toscane du XVI<sup>e</sup> siècle. Avec ce genre de définition on quitte la définition par critère et on se rapproche de la définition par catégorie purement objective. Cette approche par catégories va être particulièrement développée sous l'influence des normes communautaires (cf. chapitres 3 et 5).

#### b) La largeur des critères temporels

Les critères temporels, c'est-à-dire, les critères qui peuvent limiter l'étendue de la protection soit vers le passé (on parle alors de terme *ad quem*) soit vers le présent (on parle alors de terme *a quo*) sont eux aussi extrêmement larges. En France ils n'existent même pas.

En ce qui concerne le terme *ad quem*, ni le système français, ni le système italien ne bornent la possibilité de protection dans le passé le plus lointain sous réserve, sans doute, que les biens protégés soient, au moins partiellement, issus du travail de l'homme. Au début du XX<sup>e</sup> siècle le législateur italien et le législateur français avaient manifesté une préoccupation commune. Ils craignaient que le critère d'histoire tel qu'il était reconnu dans les lois alors en vigueur (la loi française de 1887 et la loi italienne de 1902) ne permette pas de protéger des vestiges remontant dans le temps à "avant l'histoire", c'est-à-dire, selon le seuil aussi reconnu qu'arbitraire, avant l'apparition de l'écriture. C'est donc pour éviter toute interprétation restrictive qu'ont été ultérieurement introduites en France la possibilité de protéger « les

*monuments mégalithiques (et les) terrains qui renferment des stations ou gisements préhistoriques* » (article 1 alinéa 2 de la loi de 1913), « *les monuments mégalithiques, les stations préhistoriques ainsi que les terrains qui renferment des champs de fouilles pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie* » (article 22 de la loi du 27 septembre 1941 – 9- 14 septembre 1945 portant réglementation des fouilles archéologiques) et en Italie la possibilité de protéger les « *choses qui intéressent la paléontologie, la préhistoire et les premières civilisations* » (article 1 alinéa 2 lettre a) de la loi de 1939 devenu l'article 2 alinéa texte unique).

Il existe en revanche une différence quant au critère *a quo*. La loi française ne fixe aucune limite vers le présent, alors que la loi italienne ne permet pas la protection « *des oeuvres d'auteurs vivants ou dont l'exécution ne remonte pas à plus de 50 ans* » (article 6 alinéa 2 du texte unique) <sup>8</sup>.

### c) La largeur des critères de fond

Les critères que faute de mieux on appelle "de fond" constituent bien évidemment le cœur des dispositifs de protection. C'est par eux que s'opèrent véritablement les caractérisations de l'intérêt public en matière de biens culturels. A première vue, on ne peut s'empêcher de penser que les deux systèmes présentent de grandes affinités substantielles. En effet, au prix de quelques simplifications, il est aisé de constater que les critères de fond qui figurent dans les deux lois peuvent être regroupés en deux catégories : les critères liés à l'histoire, déclinés en intérêt d'histoire *stricto sensu* et en intérêt archéologique, et les critères liés à l'art, déclinés en critères artistiques ou esthétiques.

En plus de ces deux grandes catégories d'intérêt présentes dès l'origine, chaque système a ajouté par la suite des intérêts légèrement plus précis.

---

<sup>8</sup> Cette limite italienne, qui remonte à la loi de 1909 et pas seulement à celle de 1939, repose sur deux raisons exprimées dans le rapport du président du Conseil d'Etat au ministre de l'éducation nationale relatif au projet de loi de 1939 (SERIO (M.), "La relazione di Santi Romano a Bottai sul progetto di legge per la tutela delle cose d'interesse artistico o storico", *art. cit.*, 280). Premièrement, il n'apparaît pas "sain" de juger des biens pouvant être "patrimonialisés" sans le recul nécessaire mais il faut au contraire laisser s'écouler un temps propice au passage des modes. Deuxièmement, il faut éviter d'interférer avec le marché de l'art contemporain. Le marché de l'art en général et celui des objets anciens en particulier étaient déjà lourdement grevés par les protections qui, limitant le droit de propriété et en particulier celui d'exporter, avaient pour effet d'entraîner une baisse des prix d'échange. En France, la limite italienne *a quo* était connue lorsque la loi de 1913 a été élaborée. Le rapporteur du projet de loi à la Chambre des députés déclara ne pas croire devoir suivre cette orientation au motif que le projet présenté ne permettait pas à l'administration de classer les objets sans le consentement du propriétaire : « *le préjudice pécuniaire porté aux auteurs vivants ou à leurs ayant cause* » n'avait dès lors pas besoin d'être défendu par une restriction, les 50 ans, qui aurait eu l'inconvénient de « *lier trop impérativement les pouvoirs publics* » JO, Documents parlementaires, Chambre, 1912, Annexe n°1999, 1345. L'évolution du droit positif n'a cependant pas été conforme aux souhaits du rapporteur de la loi de 1913 : depuis un cavalier budgétaire introduit dans la loi du 31 décembre 1921 les objets privés peuvent être classés sans l'accord du propriétaire alors que la règle des 50 ans n'a pas été abrogée.

En Italie la loi de 1939 avait introduit l'intérêt ethnologique comme motif de protection <sup>9</sup>. Le texte unique ajoute l'intérêt démographique et anthropologique et réunit tous ces critères issus des sciences humaines sous la même expression de critère démo-éthno-anthropologique.

La loi italienne de 1939 contenait (et donc le texte unique italien contient) en outre une disposition qui permet la protection d'immeubles en raison des événements historiques qui s'y sont déroulés « *Sont des biens culturels soumis aux règles contenues dans le présent titre (...) b) les choses immobilières qui, à cause de leur référence avec l'histoire politique, militaire, de la littérature, de l'art et de la culture en général, présentent un intérêt particulièrement important* ». Cette possibilité de protection est toutefois peu employée par l'administration car elle apparaît subsidiaire à la lettre a) du même article 2 alinéa 1 (le critère de l'intérêt d'histoire). En effet, entre le critère d'histoire de l'article 2 alinéa 1 lettre a) et le critère de référence avec l'histoire de l'article 2 alinéa 1 lettre b), la différence n'est que ténue pour ne pas dire subtile. Mais l'administration est toutefois attentive à ne pas commettre de détournement de procédure et elle n'hésite pas à utiliser cette disposition pour protéger les immeubles qui ne présentent un intérêt que mis en relation avec les faits qui s'y sont déroulés, comme par exemple l'immeuble ayant abrité le siège de la Gestapo de Rome. Le droit français ne connaît pas une telle distinction et l'administration, lorsqu'elle entend protéger des immeubles dont l'intérêt correspondrait à celui de l'article 2 alinéa 1 lettre b) italien, passe par le critère d'histoire.

En France, les critères légaux de 1913 ont fait l'objet de moins d'enrichissements que les critères italiens. La loi du 10 mai 1946 a introduit le critère de l'intérêt public du point de vue de la science en matière de biens meubles et la loi du 23 décembre 1970 a ajouté l'intérêt public du point de vue de la technique toujours en matière de biens meubles <sup>10</sup>.

Toutefois, la comparaison du critère d'art français avec le critère d'art italien et celle du critère d'histoire français avec le critère d'histoire italien, si elles sont *a priori* justifiées d'un certain point de vue, ne sont pas fécondes à terme car elles ne tiennent pas compte d'une différence radicale entre les deux systèmes.

---

<sup>9</sup> LATTANZI (V.), "Competenze antropologiche e tutela dei beni etnografici", *Lares*, 1990, 453-464 et CLEMENTE (P.), "Note su antropologia e beni culturali", in APOLITO (P.) (a cura di), *Sguardi e modelli. Saggi italiani di antropologia*, Milano, F. Angeli, 1993, 73-79.

<sup>10</sup> Il existe également en France un intérêt public auxiliaire qui concerne non pas un bien en lui-même mais la relation que ce bien entretient avec un bien déjà protégé, dans le but d'accroître la protection de ce dernier. Selon l'article 1 alinéa 2 de la loi de 1913, sont susceptibles d'être protégés « les immeubles dont le classement est nécessaire pour isoler, dégager ou assainir un immeuble classé ou proposé pour le classement ». L'intérêt n'a pas à être artistique ou historique; il n'a qu'à être relationnel. Il est donc discutable de désigner ces biens sous le même terme de monuments historiques.

## 2) La différence de la localisation légale de l'intérêt public en matière de biens culturels

Une différence de taille apparaît entre les deux systèmes lorsqu'on observe à quoi sont imputés les critères qu'on vient d'étudier, dans quoi ils doivent se trouver, être présents, afin que la protection s'applique. Pour décrire d'une phrase la situation on dira qu'en droit italien l'intérêt réside principalement dans les choses elles-mêmes (le texte unique désigne « *les choses immobilières ou mobilières qui présentent un intérêt (...)* ») alors qu'en droit français l'intérêt réside dans le rapport que la société entretient avec ces choses (la loi de 1913 parle des « *immeubles dont la conservation présente (...)* un intérêt public »).

En ce qui concerne la France la formulation légale selon laquelle sont protégés « *les immeubles (et les meubles) dont la conservation présente (...)* » pose clairement une des "clés générales" du système, à savoir que l'intérêt ne réside pas dans les immeubles ou dans les meubles mais dans la vision qu'on a sur eux <sup>11</sup>. Si l'intérêt public réside dans la conservation plutôt que dans les biens, ou plus exactement sans doute si l'intérêt public réside directement dans la conservation et indirectement dans les biens, cela signifie que cet intérêt est celui que les biens revêtent à un moment donné pour la société et non pas l'intérêt qu'ils représentent de tout temps <sup>12</sup>. La formulation de l'inscription est moins claire mais la même idée domine « *Les immeubles (...) qui (...) présentent un intérêt d'histoire ou d'art suffisant pour en rendre désirable la préservation pourront (... être inscrits)* » (article 2 paragraphe 4).

La philosophie du système italien est radicalement différente de celle du système français. En Italie l'intérêt réside directement et *ab initio* dans les choses puisque la loi parle de « *choses immobilières ou mobilières qui présentent un intérêt (...)* ». Ce faisant elle ne dresse qu'une constatation. Elle prend simplement acte d'un état de fait dont elle n'est que le traducteur légal. Elle entérine une réalité qui s'impose à elle.

A ce stade, il ne semble pas possible de poursuivre notre analyse et de comprendre cette différence fondamentale entre la loi française et la loi italienne sans aborder brièvement les contextes historiques et philosophiques dans lesquels chacune s'inscrit.

---

<sup>11</sup> Cette formulation reprend en l'améliorant, la formulation de l'article 1 de la première loi française de protection, la loi du 30 mars 1887 : « *Les immeubles par nature et par destination dont la conservation peut avoir, du point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt national, seront classés par les soins du ministre de l'instruction publique et des beaux-arts* ».

<sup>12</sup> La nature relationnelle de l'intérêt français est éclatante avec l'existence de l'intérêt public auxiliaire (article 1 alinéa 2 de la loi de 1913) qu'on a évoqué à la note 10 et qui permet de protéger des immeubles ne présentant aucun intérêt d'art ou d'histoire mais dont la protection assure mieux, par ricochet, la protection d'immeubles contigus présentant un intérêt d'art ou d'histoire.

a) Les contextes historique et philosophique respectifs

Précisons que cette démarche n'a pas pour but d'expliquer les lois par leurs contextes mais seulement de les éclairer. On ne cherche pas à établir un rapport qui ferait automatiquement dépendre les lois de leurs contextes. Ce qu'on veut seulement mettre en lumière, c'est la réalité de deux approches nationales profondément différentes. Chacune de ces approches étant illustrée par des éléments historiques, philosophiques et juridiques. A l'époque où les premières lois de protection sont votées en France l'histoire de la protection ne date que d'à peine un siècle. Une idée domine durant le siècle : la protection suppose un choix.

On distingue historiquement deux strates dans l'édification de la mémoire nationale. L'une date de la Révolution. L'autre de la monarchie de Juillet.

Dès les premières années de la Révolution, la nation se voit soudainement imputer un immense patrimoine, au sens juridique le plus classique et le plus général, d'ensemble de biens, à la suite des deux grandes vagues de « nationalisation » qui touchent les biens du clergé (décret de l'Assemblée constituante du 2 novembre 1789) et ceux des émigrés (décret de l'Assemblée législative du 9 février 1792) <sup>13</sup>. On pourrait y ajouter la dispersion des collections royales en 1795 - 1797. Une fois opérée cette rupture radicale avec le passé monarchique, un souci principal domine l'utilisation de cette masse de biens qualifiés de biens nationaux: procurer des ressources au nouveau régime. La vente ou bien l'affectation de ces biens à de nouvelles fonctions nécessaires aux urgences du temps est une priorité. Les églises sont transformées en dépôts, les abbayes en casernes ou en prisons. Les biens qui ne peuvent immédiatement prouver leur utilité sont souvent la proie du vandalisme. Une certaine « *prise de conscience patrimoniale* » existe cependant.

Dans son ouvrage, *Musée, nation, patrimoine*, D. Poulot a montré que cette prise de conscience se fondait sur une volonté de représenter à la nation ses nouvelles richesses en dépassant la logique de l'utilitarisme <sup>14</sup>. La création du musée du Louvre en 1792 et de la Bibliothèque nationale en 1795, illustrent particulièrement la politique révolutionnaire en ce domaine. Les plus belles œuvres récupérées parmi les anciennes collections royales, nobiliaires ou ecclésiastiques, pourvu qu'elles « *manifestent combien la liberté du génie qui les créa fut supérieure aux circonstances* », sont rassemblées et mises au service de la nation <sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Les biens du clergé sont mis « *à la disposition de la Nation* », les biens des émigrés sont « *confiés à la Nation* ».

<sup>14</sup> POULOT (D.), *Musées, nation, patrimoine*, Gallimard, 1997.

<sup>15</sup> Ibid, 18.

La deuxième strate fondatrice dans l'identification réciproque de l'Etat, de la nation et du patrimoine provient de la monarchie de Juillet, régime en place en France de 1830 à 1848. Ce n'est pas un hasard. La Révolution avait rejeté l'Ancien régime. La Restauration avait répudié la Révolution et l'Empire. Les deux régimes avaient tenté de recréer la société en ignorant réciproquement le régime précédent. La monarchie de Juillet arrête le mouvement pendulaire, prend acte de l'histoire et considère désormais le passé comme un héritage, non sans tri mais du moins sans rejet en bloc <sup>16</sup>. Elle va tenter une réconciliation, ou du moins un apaisement de la France avec elle-même. Cet ambitieux programme n'est pas sans arrière pensée politique. La légitimité et la base de soutien du régime sont, à l'origine, étroites. La mise en place d'une "politique de la mémoire" (pour reprendre une expression contemporaine), d'une mémoire de la société <sup>17</sup> peut donner à la société et à la nation la conscience d'elles-mêmes. L'histoire et l'intérêt porté aux antiquités nationales (c'est le terme de l'époque) et plus précisément l'écriture de leur histoire sera l'instrument fondamental de cette prise de conscience.

Le gouvernement cherche à protéger les monuments significatifs pour l'histoire ou pour l'art. La Révolution avait voulu créer politiquement et la nation et le patrimoine. La monarchie de Juillet va vouloir créer, ou plutôt approfondir, la nation et le patrimoine scientifiquement. La politique de conservation de la Révolution supposait d'opérer un tri de nature idéologique dans la masse des biens échus <sup>18</sup>. Elle mesurait « *aux objets de l'ancien régime le droit de se perpétuer ou non en fonction de la leçon qu'ils peuvent donner à la postérité* » <sup>19</sup>. Quarante ans plus tard, il faut construire une nation à partir de toutes les strates de son passé, à partir de tous les éléments de son "génie", sans parti pris idéologique. La seule différence avec la politique patrimoniale de la révolution est que le choix est élargi. Mais il s'agit toujours d'un choix <sup>20</sup>. Cette œuvre de protection, ou plus exactement de révélation, «

<sup>16</sup> Le romantisme ambiant concourt également à ce phénomène: «*un paysage historique semé de ruines et de silhouettes médiévales était pour le romantisme un accès irremplaçable à la conscience nationale*», BABELON (J. P.) et CHASTEL (A.) *La notion de patrimoine*, op. cit., 88.

<sup>17</sup> Par politique de la mémoire on entend la définition de P. Rosanvallon: «*(l'Etat agit) sur tout ce qui organise le lien social (...) pour instaurer dans l'imagination des hommes le sens d'une appartenance que plus aucune structure sociale ne signifie désormais directement. De là provient le caractère éminemment politique de l'action culturelle en France*», ROSANVALLON (P.), *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, 1990, 110.

<sup>18</sup> Selon J. M. Leniaud «*De même qu'entre l'Etat et les citoyens ne subsiste plus, depuis la fin de l'ancien régime, aucune personnalité juridique intermédiaire (...) de même aux mémoires individuelles s'est substituée la seule mémoire collective, celle du Pacte social*». Et, en conséquence, le monument historique devient «*le support concret de la mémoire du peuple régénéré par le pacte social et organisé en nation*» LENIAUD (J. M.), *L'utopie française. Essai sur le patrimoine*, Paris, 1992, 30.

<sup>19</sup> POULOT (D.), *Musées, nation, patrimoine*, op. cit., 13.

<sup>20</sup> Bien des années plus tard Théodore Reinach un des pères de la loi de 1913 redira la même chose «*à mesure qu'une nation arrive à la pleine conscience de sa personnalité morale, elle ne tarde pas à reconnaître que les monuments qui reflètent les*

*pour n'être pas arbitraire, requiert un délégué au travail de mémoire, auquel l'Etat confiera le soin de sanctionner les initiatives »*<sup>21</sup>. Ce délégué sera l'Inspecteur des monuments historiques, dont le poste est créé en 1830 par Guizot alors ministre de l'intérieur. Ce poste n'est qu'un élément d'un ensemble plus vaste (fonction, administration, critères, méthodes) que la monarchie de Juillet va mettre en place. Cet ensemble administratif va se maintenir et se développer tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle.

Le contexte philosophique qui entoure toute la période dans laquelle la loi de 1913 est élaborée, puis votée, va, *mutatis mutandis*, dans le même sens que le contexte historique. S'il est possible de réduire ce contexte philosophique à deux courants, on citera la philosophie bergsonienne d'une part et la sociologie d'Emile Durkheim et de M. Halbwachs d'autre part. En 1896, Henri Bergson publie *Matière et mémoire* qui dessine une philosophie du passé et de la mémoire dont l'influence va être immense. Les chapitres II et III relatifs à la mémoire ont été les plus lus et les plus commentés. Les quelques mots qu'on peut en dire n'en sont qu'une simplification outrancière. Selon Bergson, le passé est matériellement aboli et irréversible. Par conséquent il ne peut être objet de contemplation. Le passé qui n'est matériellement plus rien, survit toutefois intégralement en esprit, ne serait-ce que parce que le passé conditionne notre état présent. A ce titre, le passé est un élément de l'existence car c'est par un acte du présent que nous l'évoquons. « *Le passé impuissant par essence ne s'échappe pas plus que la matière ne disparaît quand le faisceau de la conscience ne l'éclaire plus* »<sup>22</sup>. Mais cette existence réelle du passé est inconsciente car la conscience est consacrée à l'action et donc au présent car « *une conscience qui, détachée de l'action, tiendrait (...) sous son regard la totalité de son passé, n'aurait aucune raison pour se fixer sur une partie de ce passé plutôt que sur une autre* »<sup>23</sup>. Il s'en suit que la mémoire ne se fabrique pas à partir du passé mais en fonction du présent. Elle « *répond à l'appel d'un état présent* »<sup>24</sup>. La mémoire, qui est un choix réalisé pour aider l'action, « *(...) s'oriente vers la situation du moment pour lui présenter sa face la plus utile* »<sup>25</sup>. D'une formule, on pourrait dire qu'avec Bergson le passé n'est plus donné mais il est revécu pour faire face au présent. Cette approche est d'ailleurs cohérente avec

---

*phases de son développement artistique, ou qui se rattachent à quelque souvenir précieux de son histoire, font partie de sa substance même [...]»*. REINACH (T.), "2<sup>e</sup> rapport fait au nom de la commission de l'enseignement et des beaux-arts chargée d'examiner: 1<sup>o</sup> le projet de loi relatif à la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique (...)", *Journal officiel. Documents parlementaires. Chambre*, 1912, Annexe n°1999, 1343.

<sup>21</sup> POULOT (D.), *Musées, nation, patrimoine*, op. cit., 382.

<sup>22</sup> BERGSON (H.), *Matière et mémoire*, [1896], PUF, 164.

<sup>23</sup> *Ibid*, 186.

<sup>24</sup> *Ibid*, 188

<sup>25</sup> *Id*.

l'étymologie latine du mot intérêt (*inter essere*, être entre), qui n'exprime pas la qualité d'un bien mais une relation (émotionnelle) entre ce bien et une personne ou un ensemble de personnes, une société. On voit le parallèle des analyses bergsoniennes avec la loi de 1913. La loi n'a pas pour but de conserver ce qui compte du passé mais de conserver ce qui du passé compte pour le présent.

Dans tous ses ouvrages et plus particulièrement dans *Les règles de la méthode sociologique* qui paraît en 1895, E. Durkheim s'attache à fonder la sociologie sur des bases positives <sup>26</sup>. Pour cela, il défend l'idée que c'est la société qui, prise comme un tout, détermine les règles intellectuelles, juridiques et morales. On sait quelle influence Durkheim a eu auprès de certains juristes institutionnalistes, comme L. Duguit. On retrouvera un écho de cette primauté de la société dans les lois patrimoniales françaises pour lesquelles les biens qui peuvent être protégés ne sont jamais évidents ou donnés mais font toujours l'objet d'un choix social.

Un des disciples de d'E. Durkheim, M. Halbwachs, va approfondir l'approche de la mémoire et enlever à cette dernière son privilège de donnée immédiate de la conscience individuelle <sup>27</sup>. Cette approche passe par une critique de Bergson. A Bergson, M. Halbwachs reproche de ne faire état que d'une mémoire individuelle fermée sur elle-même, solitaire. C'est l'objet des deux premiers chapitres de son ouvrage *Les cadres sociaux de la mémoire*. Or la mémoire individuelle n'est pas grand chose si elle n'est pas replacée dans son contexte social, dans ses *cadres sociaux* qui lui font subir des interférences collectives ou pour parler plus brutalement qui la détermine au moins en partie. De ces interférences sociales, M. Halbwachs tire la conclusion que la mémoire n'évoque pas ou ne revit pas le passé mais le reconstruit car « nous parlons nos souvenirs avant de les évoquer, c'est le langage, et c'est tout le système des conventions sociales qui en sont solidaires, qui nous permet à chaque instant de reconstruire notre passé » <sup>28</sup>. Pour G. Namer spécialiste de l'œuvre de M. Halbwachs, « toute mémoire n'est en rien un vécu, mais au contraire une reconstruction rationnelle du passé faite à partir des éléments et des mécanismes actuellement présents dans la conscience du groupe » <sup>29</sup>. Cette idée d'une construction de la mémoire se retrouve également chez d'autres auteurs mais sous une forme intuitive et sans recours à une quelconque conceptualisation. En insistant sur l'aspect volontariste et non déterminé de cette

---

<sup>26</sup> DURKHEIM (E.), *Les règles de la méthode sociologique*, [1895], PUF, 1995, 149.

<sup>27</sup> HALBWACHS (M.), *Les cadres sociaux de la mémoire*, [1925], Albin Michel, 1994, postface de G. Namer.

<sup>28</sup> HALBWACHS (M.), *Les cadres sociaux de la mémoire*, op. cit., 279.

<sup>29</sup> NAMER (G.), "Postface" à HALBWACHS (M.), *Les cadres sociaux de la mémoire*, op. cit., 317.



construction, A. Malraux dira qu'« une civilisation est devant le passé comme l'artiste devant les oeuvres d'art qui l'ont précédé (...) il lui permet de réaliser davantage son œuvre propre » et de manière plus ramassée et plus éloquente encore « L'héritage ne se transmet pas il se conquiert »<sup>30</sup>. René Char lui fera écho en déclarant que « l'héritage n'est précédé d'aucun testament ».

A l'époque où les premières lois nationales italiennes de protection sont adoptées, l'histoire italienne de la protection des biens culturels ne date pas d'un siècle comme en France mais de quatre et demi. Depuis le XV<sup>e</sup> siècle il existe une législation de protection en Italie. Elle n'est pas uniforme puisque les principautés italiennes ont montré des sensibilités différentes. La Papauté intervient la première, dès 1462, pour protéger les ruines romaines. La bulle «*Cum almam nostram Urbem*», du pape Pie II, prévoit des peines d'excommunication, de prison et de confiscation pour qui détruit des monuments ou des ruines antiques. La République de Venise sera la dernière à intervenir, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Quoi qu'il en soit chaque Etat de la péninsule disposera de son ou de ses textes, complétés, abrogés, repris, modifiés. Le bilan sur quatre siècles et demi de cette production législative est impressionnant<sup>31</sup>. La plus achevée de ces lois était l'Edit du cardinal camerlingue Pacca adopté en 1820 dans les Etats pontificaux. Il inspirera le législateur national quant aux régimes et aux mécanismes de protection. Mais une autre de ces lois préunitaires exercera, selon nous, une influence discrète mais déterminante sur le législateur de 1909 ; influence qui portera beaucoup plus sur le régime de protection que sur l'objet même de la protection. Il s'agit de la loi toscane de 1602. Les 24 octobre et 6 novembre 1602 le grand-duc de Toscane Ferdinand I<sup>er</sup> adopte des *Deliberazioni* dans lesquelles est arrêtée une liste de 19 peintres. Les peintures de ces artistes présentes sur le territoire du grand-duché sont interdites à l'exportation. La surveillance des exportations est confiée à l'Académie du dessin fondée en 1571. Les 19 peintres, tous représentatifs de l'art de la Renaissance et du maniérisme, sont liés au milieu artistique florentin (le milieu de Vasari), ont travaillé à Florence, même s'ils ne sont pas tous d'origine toscane. Pour les principaux: Michel-Ange, Raphaël, Andrea del Sarto, Titien, Corregio, Parmiggiano, Vasari, Perugino, les Lippi, Vinci, Bronzino, Pontormo, Rosso, ... . Ces *Délibérations* restèrent en vigueur sur le territoire du grand Duché de Toscane jusqu'en 1861 date à laquelle cet Etat fut rattaché au Royaume d'Italie. Ce qu'on veut mettre en valeur en

<sup>30</sup> MALRAUX (A.), "Sur l'héritage culturel. Discours prononcé à Londres le 21 juin 1936 au secrétariat général élargi de l'Association des écrivains pour la défense de la culture", in *La politique, la culture. Discours, articles, entretiens (1925-1975) Présentés par J. Mossuz-Lavau*, Gallimard, 1996, 132-143, 141 et 142.

<sup>31</sup> La plupart des textes sont publiés dans EMILIANI (A.), *Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei beni artistici e culturali negli antichi stati italiani 1571-1860*, Bologna, Ed. Alfa, 1978.

citant ce texte est que pendant des siècles des biens ont été protégés en raison de leur nature, de leur valeur objective, pour eux-mêmes.

L'étude du contexte philosophique italien est tout aussi riche d'enseignements sur l'approche objective des lois de protection. A. Emiliani, un des meilleurs connaisseurs de l'histoire de la protection des biens culturels en Italie dira qu'au moment où la loi de 1909 et celle de 1939 sont adoptées, « *l'art vivait dans un cadre néoplatonicien* »<sup>32</sup>. Cette affirmation demande à être précisée. En Italie, pendant toute la première partie du XX<sup>e</sup> siècle, ou du moins jusqu'à la guerre, une conception idéaliste de l'art, revivifiée par le néoclassicisme toujours influent, et reprise, avec des modifications, par les importantes théories esthétiques de B. Croce, règne presque sans partage. Selon cette conception, l'idée de beau qui existe en tant qu'absolu (qui est une réalité), s'incarne dans des choses d'art, *cose d'arte*, en fonction de la capacité de l'artiste à saisir l'idée de beau d'une part et à la retranscrire dans la matière d'autre part. Une brève généalogie va nous faire comprendre le cheminement de cette conception. E. Panofsky a montré dans son ouvrage *Idea* que les Idées platoniciennes étaient peu à peu devenues un concept spécifique de la théorie de l'art, alors que Platon n'avait montré que du dédain envers les « *faiseurs d'images* » qui selon lui ne réalisaient qu'une imitation dégradée des choses, que des copiages en somme<sup>33</sup>. Cicéron et Plotin ont successivement infléchi la pensée platonicienne. Pour Cicéron, l'art ne s'éloigne pas de l'essence des choses en les copiant mal car l'artiste peut atteindre l'essence des choses en esprit et ensuite la restituer dans l'œuvre. Cicéron estime que Phidias a sculpté les statues de Zeus et d'Athéna en se référant à l'image mentale innée de la perfection divine. Il a reproduit cette perfection dans ses œuvres. Deux siècles plus tard, le philosophe néoplatonicien Plotin poursuit cette interprétation du phénomène artistique en affirmant que la forme que l'artiste donne à la matière provient de l'esprit de l'artiste et que ce dernier n'imitait rien et surtout pas la nature car son art consistait en une retranscription : « (...) *les arts n'imitent pas directement les objets visibles, mais remontent aux raisons d'où est issu l'objet naturel* » ; d'ailleurs poursuit Plotin « *Phidias fit son Zeus sans égard à aucun modèle sensible ; il l'imagina tel qu'il serait s'il consentait à paraître à nos regards* »<sup>34</sup>. L'approche néoplatonicienne de l'art va connaître une apothéose à l'époque de la renaissance qui proclame que l'artiste n'est pas un imitateur de la nature ou des antiques mais un créateur en contact avec le divin. L'historien

---

<sup>32</sup> EMILIANI (A.) "Le point de vue italien", in NORA (P.) sous la direction de, *Science et conscience du patrimoine. Actes des entretiens du Patrimoine* de novembre 1994, Editions du patrimoine, Fayard, 1997, 369.

<sup>33</sup> PANOSFKY (E.), *Idea*, Paris, 1984.

<sup>34</sup> PLOTIN, *Ennéades*, V, 8, 1.

de l'art G. Vasari rapporte que Michel-Ange disait que « *Dieu dans sa bonté ne se relève pas autrement à moi que sous quelque gracieuse et mortelle apparence. Et je n'aime cette apparence que parce qu'il se reflète en elle* »<sup>35</sup>.

Cette approche va se maintenir sous une forme laïque, celle du beau tout court sans référence au divin, avec Hegel qui déclarait que « *la beauté artistique est née de l'esprit et restituée par lui* »<sup>36</sup>. Elle va être reprise en Italie par F. De Sanctis dont les théories sur l'esthétique accordent une place centrale à la notion de forme qui est considérée comme la façon d'être du contenu et en définitive comme l'essence même de la chose et par son disciple B. Croce<sup>37</sup>. Dans plusieurs écrits qui vont de la fin des années 1890 aux années 1910, B. Croce développe la conception de l'art comme un phénomène uniquement spirituel. Partant d'abord de la poésie puis étendant sa réflexion aux autres formes artistiques, il conçoit les œuvres d'art comme existantes uniquement dans l'esprit de celui qui les exprime et dans l'esprit de l'observateur<sup>38</sup>. Utilisant un raccourci particulièrement éclairant, B. Croce avait coutume de dire que celui qui a peint la chapelle Sixtine et celui qui la regarde partagent la même expérience spirituelle. L'œuvre d'art n'est qu'un moyen technique matériel qui permet à l'artiste de fixer ce qu'il porte en son esprit et à l'observateur d'entrer dans l'esprit du créateur pour chercher lui-même l'œuvre d'art. Le tableau, la sculpture, le monument ne sont que des signes, des images, utiles et nécessaires en tant qu'appels à la re-élaboration du contenu d'art dans l'esprit des observateurs, mais qui ne peuvent avoir la prétention d'être qualifiés d'œuvre d'art, catégorie qui n'existe pas. La conséquence est que n'importe qui cherchant à re-élaborer, à partager l'expérience spirituelle d'un artiste peut le faire. D'une certaine manière les lois de 1902, de 1909 et de 1939 vont reprendre cette analyse en la transposant dans le domaine juridique<sup>39</sup>. Dans ces lois, sont objets de protection, les choses dans lesquelles l'immanence de l'esprit se manifeste de la manière la plus convaincante en particulier par leur beauté. Dans

---

<sup>35</sup> VASARI (G.), *Vies des plus excellents peintres, sculpteurs et architectes*, [Firenze, 1550], traduction et commentaire sous la traduction d'A. Chastel, t.9, Berger Levrault, 1985, 1969 ss.

<sup>36</sup> Cité par FERRY (L.), *Homo æstheticus. L'invention du goût à l'âge démocratique*, Paris, Grasset, 1990, 1996, 175.

<sup>37</sup> F. De Sanctis fut également un homme politique du Risorgimento, député de Naples de 1861 à 1883 et à trois reprises ministre de l'Instruction publique. A ce titre il déposa en 1878 un des premiers projets de loi nationale de protection mais qui fut repoussé par les chambres.

<sup>38</sup> CROCE (B.), *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale*, Roma, Laterza, 1902 reprise in *Breviario d'estetica*. RESTIANO (F.), *Storia dell'estetica moderna*, Torino, UTET, 1991, 206-207. En français, CROCE (B.), *Essais d'esthétique. Textes choisis et présentés par G. A. Tiberghien*, Gallimard, 1991, 274.

<sup>39</sup> B. Croce fut également, comme son maître De Sanctis, homme politique et ministre de l'Instruction publique en 1921-1922 dans le dernier gouvernement Giolitti. A ce titre il est à l'origine de la première loi italienne de protection des monuments naturels et des sites, la loi du 11 juin 1922 n.778 toute entière fondée sur le critère de la beauté naturelle et dont la loi du 29 juin 1939, n.1497 relative à la *Protection des beautés naturelles* et aujourd'hui fondue dans le texte unique de 1999 ne sera que le perfectionnement technique.

la loi de 1902, le critère légal de la protection est le critère du *pregio*, du prix d'antiquité ou d'art (dans le sens de valeur). La loi de 1909 remplace certes le critère du prix d'art par le critère de l'intérêt pour l'art, mais ce dernier repris dans la loi de 1939 et dans le texte unique de 1999, sera longtemps interprété comme synonyme de valeur d'art. S. Andrini n'hésite pas à déclarer que la loi de 1939 est « *un cas significatif d'introduction du canon esthétique dans le canon normatif (le langage utilisé est celui de l'Esthétique de Croce)* »<sup>40</sup>. M. S. Giannini, l'un des plus importants juristes italiens de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, "fermera le cercle" lorsque, dans un article fondamental de 1977, il analysera la nature des biens culturels et proclamera que ces biens sont le support de deux éléments<sup>41</sup>. Le premier est un élément matériel. Il est le support d'intérêts de nature patrimoniale (au sens civiliste). Le second est un élément immatériel. Il est le support d'intérêts de nature immatérielle et publique. « (...) *en termes concrets le tableau d'un grand peintre est une chose, qui est le support à la fois d'un ou plusieurs biens patrimoniaux et d'un autre bien qui est le bien culturel* »<sup>42</sup>. M.S. Giannini poursuit en insistant sur le caractère immanent de l'élément immatériel. « *La valeur artistique ou historique est, en nature et dépassant les qualifications juridiques, inhérente (aux choses et ce) où qu'elles se trouvent, c'est-à-dire (...) aussi bien dans un système dont la législation connaît la figure juridique des biens culturels que dans un système où la législation les ignore* »<sup>43</sup>. L'opposition avec l'approche française devient ici radicale car bien loin de considérer qu'un bien n'est digne de protection que si la société s'y intéresse, M.S. Giannini affirme au contraire que les prémices de la protection s'imposent à tous et en tous lieux, même si le cadre juridique nécessaire à la protection n'existe pas.

A la lumière de ce qui a été dit jusqu'à présent l'intérêt public italien en matière de biens culturels est un système objectif dans le sens où la loi impose des données objectives que l'autorité chargée de sa mise en œuvre doit obligatoirement prendre en considération.

#### b) L'influence de ces approches sur l'ensemble des lois patrimoniales respectives

L'approche française n'a pas pour seule illustration juridique la loi sur les monuments historiques de 1913. Cette loi n'est que la première d'un ensemble de lois patrimoniales qui

<sup>40</sup> ANDRINI (S.), "Entre ambiance et environnement. La civilisation du moderne", in ANDRINI (S.), *Le miroir du réel. Essai sur l'esthétique du droit*, Droit et Société. Recherches et Travaux I, Maison des Sciences de l'Homme, Réseau européen Droit et Société, LGDJ, 1997, 137-160, 138. S. Cassese estime que « *l'interprétation esthétisante* » de la loi de 1939 est due à la formation des surintendants, CASSESE (S.), "I beni culturali da Bottai a Spadolini", *Rassegna degli archivi dello Stato*, Giuffrè, 1975, 116-142, 131.

<sup>41</sup> GIANNINI (M. S.), "I beni culturali", *RTDP*, 1977, 3-39.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 24.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 27.

répondent à la même logique. La loi du 2 mai 1930 *relative aux monuments naturels et aux sites* en est un exemple <sup>44</sup>. L'article 4 de cette loi énonce en effet que « *est établi dans chaque département une liste des monuments naturels et des sites dont la conservation ou la préservation présente, au point de vue artistique, historique, scientifique ou légendaire ou pittoresque, un intérêt général* ». L'intérêt, qui est décliné un peu différemment que dans la loi de 1913, est toujours localisé dans la conservation ou dans la préservation de choses et non pas dans ces choses elles-mêmes. La loi du 27 septembre 1941 - 13 septembre 1945 *portant réglementation des fouilles archéologiques* relève de la même démarche <sup>45</sup>.

En Italie, la localisation de l'intérêt dans les choses mêmes n'est pas propre à la loi sur les biens culturels. On la retrouve dans la loi du 29 juin 1939 n.1497 *Protection des beautés naturelles* qui a été intégrée au titre II du texte unique de 1999, intitulé *Biens paysagers et environnementaux*. L'article 139 du texte unique énonce en effet que « *Sont soumis aux dispositions de ce Titre en raison de leur important intérêt public : a) les choses immobilières qui présentent d'importants caractères de beauté naturelle ou de singularité géologique -/-* » <sup>46</sup>. L'intérêt qui est décliné un peu différemment que pour les biens culturels du Titre I est toujours localisé dans les choses elles-mêmes et non pas dans le rapport de ces choses à la société.

Mais aucun des deux systèmes n'est monolithique.

La loi italienne de 1939 n'a pas fait résider l'intérêt public seulement dans les choses. Dans deux cas, elle l'a, comme en France, également placé dans le rapport aux choses, même si ces deux exceptions restent minoritaires. Le premier cas est celui des biens dont l'intérêt réside dans leur référence (*riferimento*) à l'histoire. Le second cas est celui des collections. Selon l'article 2 alinéa 1 du texte unique, « *sont des biens culturels soumis aux règles contenues dans le présent titre (...) b) les choses immobilières qui, à cause de leur référence avec l'histoire politique, militaire, de la littérature, de l'art et de la culture en général, présentent un intérêt particulièrement important* ». Cette disposition permet la protection d'immeubles qui, sans présenter par eux-mêmes un intérêt d'art ou d'histoire, présentent en revanche un intérêt à cause de leur rapport à un événement historique. Les collections répondent aux mêmes caractéristiques avec encore plus d'évidence semble-t-il. Elles

---

<sup>44</sup> Rec, 125, JORF, 4 mai 1930.

<sup>45</sup> JORF, 15 octobre 1941, 14 septembre 1945.

<sup>46</sup> « -/- b) les villas, les jardins et les parcs, non protégés selon les dispositions du Titre I, qui se distinguent par leur beauté non commune ; c) les ensembles de choses immobilières qui composent un aspect caractéristique ayant valeur esthétique et traditionnelle ; d) les beautés panoramiques considérées comme des tableaux et également les points de vue ou les belvédères, accessibles au public desquels on jouit du spectacle de ces beautés ».

échappent à la qualification légale et ne peuvent être protégées que si une qualification administrative qui reconnaît leur « *exceptionnel intérêt d'art ou d'histoire* » intervient préalablement. L'intérêt pris en compte n'est donc pas la collection comme somme des éléments qui la composent mais comme chose nouvelle, de la même manière qu'une anthologie, qui est un choix et une "présentation ensemble" de morceaux choisis (de musique, de poésie, de littérature, ...), est considérée comme une oeuvre originale de l'esprit pour l'application du droit de la propriété littéraire et artistique.

En France, il semble que la loi n°89-874 du 1<sup>o</sup> décembre 1989 *relative aux biens culturels maritimes* <sup>47</sup> ait placé l'intérêt public directement dans les biens composant la nouvelle catégorie qu'elle crée, le bien culturel maritime et non dans la conservation de ces mêmes biens. C'est ce qui résulte de l'article 1 de la loi « *(C)onstituent des biens culturels maritimes les gisements, épaves, vestiges ou généralement tous biens qui, présentant un intérêt préhistorique, archéologique ou historique, sont situés dans le domaine public maritime ou au fond de la mer dans la zone contiguë* ». Comme en Italie, c'est l'intérêt propre à ces biens qui est protégé et non l'intérêt que peut représenter leur conservation. Mais il s'agit là encore d'une exception.

### c) Les conséquences propres à chaque approche

Les différences de localisation de l'intérêt public entre la France et l'Italie vont avoir de grandes conséquences sur l'applicabilité, c'est-à-dire la possibilité d'application, des critères légaux liés à l'objet de la protection. La logique du système français commande une applicabilité médiate ou indirecte des critères relatifs à l'objet de la protection. La logique du système italien commande en revanche une applicabilité immédiate ou directe des critères relatifs à l'objet de la protection.

En France il n'existe de biens culturels que dans mesure où des biens ont été préalablement reconnus et qualifiés de culturels par une autorité *ad hoc*. M. Dussaule, haut fonctionnaire au ministère des affaires culturelles, déclarait de manière très nette que « *l'intérêt public d'un monument est juridiquement créé par la décision du ministre des affaires culturelles* » <sup>48</sup>. Inversement, il n'existe pas une idée du bien culturel dont les biens culturels seraient les applications, les illustrations concrètes. A cet égard, J. M. Leniaud peut

---

<sup>47</sup> Rec., 277.

<sup>48</sup> DUSSAULE (P.), *La loi et le service des monuments historiques. Analyse et commentaire*, La Documentation française, 1974, 8.

écrire avec raison « *qu'il n'y a pas de patrimoine a priori* »<sup>49</sup>. Les conséquences extrêmes de cette logique peuvent bien être un certain éclectisme dans les choix<sup>50</sup>.

La qualification, réalisée par une autorité *ad hoc* qui ne peut être que l'administration, est, pour cette raison, elle-même qualifiée de *qualification administrative* et présente deux caractéristiques. En premier lieu, elle est opérée *ut singoli*, c'est-à-dire en fonction de biens pris individuellement. En second lieu, le régime de protection ne s'applique qu'*a posteriori*, c'est-à-dire après l'adoption d'un acte formel de reconnaissance qui advient en général au moyen d'un acte administratif unilatéral.

En Italie, la situation est inverse. Il existe un concept du bien culturel dont les biens culturels matériels sont les applications. Il existe un patrimoine *a priori*. Certes l'Italie connaît également, et logiquement, un mécanisme de qualification administrative dans les cas où l'intérêt est localisé dans le rapport aux choses et non dans les choses elles-mêmes : les biens dont l'intérêt réside dans leur référence à l'histoire et les collections « *qui présentent un exceptionnel intérêt d'art ou d'histoire* ».

En dehors des cas où la loi a placé l'intérêt public dans les rapports que la société entretient avec certaines choses, l'applicabilité immédiate n'est pas subordonnée à l'action de l'administration qui se placerait entre la loi et la réalité. Elle est directe. On parle alors de *qualification légale*. Le régime légal de protection s'applique aux biens que la loi a elle-même qualifiés sans que l'acte formel de reconnaissance concrète de l'intérêt public de la part de l'administration soit nécessaire. Pour reprendre les termes d'A. Pizzorusso, il s'agit d'une situation dans laquelle « *l'identification d'un intérêt public à protéger advient (alors) en même temps que la formation de l'acte qui le protège* » et dans ce cas « *les deux séries d'opérations logiques qui servent à identifier l'intérêt public et à déterminer le contenu de l'acte sont liées* »<sup>51</sup>. Cette *qualification légale* présente deux caractéristiques principales, symétriquement inverses de celles de la qualification administrative française. En premier lieu, la qualification légale est générale, elle vaut pour des catégories de biens et non pour des biens considérés *ut singoli*. En second lieu, le régime de protection s'exerce *a priori*, puisque la qualification crée, pour les catégories identifiées, une présomption légale de "patrimonialité" si on peut dire.

---

<sup>49</sup> LENIAUD (J.M.), *L'utopie française*, op. cit., 1992.

<sup>50</sup> Pour H. Périnet-Marquet les biens sont protégés « *au regard de critères essentiellement subjectifs, tributaires de la mode et de l'esprit du temps* » PERINET-MARQUET (H.), "La protection publique des biens culturels en droit français", *Revue internationale de droit comparé*, 2, 1990, 789-804, 790.

<sup>51</sup> PIZZORUSSO (A.), "Interesse pubblico e interessi pubblici", art. cit., 69.

En tentant un parallèle avec le droit public français on dira que le principe de la qualification légale des biens culturels est *mutatis mutandis* le même que le principe français qui gouverne l'incorporation de biens au domaine public naturel maritime. Selon l'article 1 de la loi du 28 novembre 1963 *relative au domaine public maritime*, l'incorporation se produit dès lors que le bien présente les caractères matériels prévus par les autres dispositions de la loi concernant la composition du domaine public naturel. Cette incorporation est donc automatique et ne nécessite aucun acte administratif <sup>52</sup>.

C'est la loi de 1909 qui a inauguré le mécanisme de la qualification légale <sup>53</sup>. Elle a été maintenue dans la loi de 1939 <sup>54</sup>. Et l'alinéa 1 de l'article 2 du texte unique italien du 29 octobre 1999 est rédigé de la manière suivante, « *[s]ont des biens culturels soumis à ce texte unique: a) les choses immobilières ou mobiles qui présentent un intérêt artistique, historique, archéologique, ou démo-ethno-anthropologique (...)* » <sup>55</sup> <sup>56</sup>. L'emploi du verbe *être* à la troisième personne du pluriel du présent réalise la qualification légale.

Selon certains auteurs, en Italie, la qualification légale serait le propre de la protection des intérêts de "nature culturelle". En présentant en 1922 la première loi italienne sur la protection des sites et des monuments naturels, B. Croce déclarait que l'intérêt artistique au fondement de la défense des beautés naturelles « *était le même que l'intérêt au fondement des lois protectrices des monuments et de la propriété artistique et littéraire* » <sup>57</sup>. Le parallèle avec la propriété intellectuelle semble en effet fécond puisque dans les deux cas et de par la loi ces biens tirent de leurs propres caractéristiques mêmes une protection *ab initio* <sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> Lorsqu'un acte intervient il se borne à constater l'incorporation. Il est déclaratif: CE, S., 6 février 1976, *SCI Villa Miramar*, AJDA, 1976, 201.

<sup>53</sup> Son article premier était ainsi rédigé: « *Sont soumises aux dispositions de la présente loi toutes les choses immobilières et mobiles qui présentent un intérêt historique, archéologique, paléontologique ou artistique* ».

<sup>54</sup> « *Sont soumises à la présente loi les choses, immobilières ou mobiles qui présentent un intérêt artistique, historique, archéologique, ethnographique, (...)* », article 1.

<sup>55</sup> Là où on traduit par *soumis*, le texte unique de 1999 emploie *disciplinati*, littéralement *disciplinés*. Bien que le terme *disciplinés* soit aisément compréhensible, il ne s'emploie pas dans ce sens en français. Une traduction assez proche serait *réglementés*, mais elle n'est pas utilisable lorsque les normes sont de rang légal et non réglementaire. Ces difficultés expliquent notre choix. *Soumis* était d'ailleurs l'expression utilisée par les lois de 1909 et de 1939 pour désigner la même réalité.

<sup>56</sup> On notera que le texte unique, reprenant en cela les lois précédentes, ne parle pas d'intérêt public mais simplement d'« intérêt ». Suivant l'avis de A. Pizzorusso on considérera qu'il s'agit d'une synecdoque désignant l'intérêt public PIZZORUSSO (A.), "Interesse pubblico e interessi pubblici", *art. cit.*, 61 note 8.

<sup>57</sup> CROCE (B.), *Relazione del Ministro della pubblica istruzione alla legge 11 giugno 1922, n. 778*, in MANSI (A.), *Storia e legislazione dei beni culturali e ambientali*, Udine, 1988, 212. Sur la question voir ALZARDI (Z.), "Brevi note sulla condizione giuridica dell'opera d'arte oggetto di tutela artistica e di diritto d'autore", *Dir. Autore*, 1973, 271.

<sup>58</sup> En revanche, le parallèle entre les biens culturels français avec les biens soumis à la propriété littéraire et artistique n'est pas possible puisque les biens culturels français ne peuvent être protégés qu'à la suite d'un acte administratif *ad hoc*.



La logique profonde du système italien mène à la conclusion qu'à partir du moment de l'entrée en vigueur de chacune de ces lois, les biens correspondant aux critères légaux qu'elles posaient sont *ipso iure* protégés.

La qualification légale a été confirmée par les articles 822 et 826 du code civil italien adopté en 1942 <sup>59</sup>. L'article 822 du code civil déclare que « *sont biens domaniaux (...) les immeubles reconnus d'intérêt historique, archéologique et artistique par les lois en la matière* ». Selon ce même article les collections sont également des biens domaniaux <sup>60</sup>. La qualification en tant que biens domaniaux est pour nous secondaire. Ce qui compte pour notre démonstration c'est que le code civil, faisant référence « *aux immeubles reconnus d'intérêt historique, archéologique et artistique par les lois en vigueur* », reprenne la logique de la loi de 1939.

A titre de simple aperçu et sous réserve de plus amples développements dans la seconde partie de ce travail (chapitre 7). On dira seulement ici que le statut des biens publics c'est-à-dire des biens appartenant à des personnes morales publiques ou à des personnes morales privées sans but lucratif corrobore cette hypothèse. Il résulte de l'article 4 de la loi de 1939 (article 5 du texte unique) qu'aucun acte n'est nécessaire pour que de tels biens soient considérés comme protégés.

En revanche, en ce qui concerne les biens des autres personnes juridiques privées c'est-à-dire les biens appartenant à des personnes privées ou à des personnes morales à but lucratif, l'hypothèse est battue en brèche puisque le droit positif impose un acte formel de reconnaissance de la part de l'administration appelé « déclaration » (article 6 du texte unique, ex article 3 de la loi de 1939). Mais certains éléments du régime de protection ou parfois même tous les éléments de ce régime peuvent s'appliquer sous certaines conditions à ces biens même s'ils n'ont pas fait l'objet d'une déclaration préalable. Ces éléments sont la suspension de travaux (article 28 du texte unique issu de l'article 20 de la loi de 1939), le contrôle des exportations (article 65 du texte unique, issu des articles 35 et 36 de la loi de 1939) et la protection des découvertes archéologiques (articles 85 et 87 du texte unique, issus des articles 44 et 48 de la loi de 1989). Ces trois éléments, qui visent les trois situations les

---

<sup>59</sup> Le droit italien divise les biens publics en biens domaniaux et biens patrimoniaux indivisibles. Cette division n'a rien à voir avec la division française de biens du domaine public et biens du domaine privé. Les biens domaniaux se distinguent tout d'abord par des caractères physiques, il ne peut s'agir que d'immeubles ou d'ensembles de meubles, ils se distinguent ensuite par leur rapport d'appartenance, ils ne peuvent appartenir qu'aux personnes publiques territoriales (l'Etat, les provinces, les communes et les régions). Les biens patrimoniaux indisponibles peuvent être indifféremment des biens meubles ou immeubles et peuvent appartenir à toute personne publique, y compris les établissements publics.

<sup>60</sup> L'article 826 alinéa 2 déclare que « *les choses d'intérêt historique, archéologique, paléontologique, (...) et artistique retrouvées d'une manière quelconque dans le sous-sol font partie du patrimoine indisponible de l'Etat quelle que soit la personne qui les a trouvées* ».

plus dangereuses pour les biens culturels, permettent à l'administration d'intervenir, en général pour des actions ponctuelles, avant que le long processus de qualification arrive à son terme.

Une dernière conséquence doit être présentée. L'approche française permet, théoriquement, à la société de modifier ces choix, de reconnaître qu'elle a pu éprouver de l'intérêt pour certains biens mais qu'elle n'en éprouve plus. En somme que la protection d'un bien est réversible et qu'elle peut tomber lorsque la conservation de ce bien cesse d'importer à la société. On sait qu'en droit administratif français la jurisprudence du Conseil d'Etat permet à l'administration de retirer un acte administratif, même si le retrait n'est pas prévu par la loi, sur le fondement de laquelle l'acte a été adopté, à la condition que le retrait soit réalisé dans les mêmes formes et selon la même procédure que celles qui ont présidé à l'adoption. Or la loi de 1913 prévoit expressément le déclassement de biens protégés. Le déclassement total ou partiel d'un immeuble classé est prononcé par un décret en conseil d'Etat (article 13). Le déclassement d'un objet mobilier classé peut être prononcé par le ministre chargé des affaires culturelles (article 24). La loi indique qu'il est dans la nature de cet intérêt d'être transitoire <sup>61</sup>.

La loi italienne ne prévoit pas, à la différence de la loi française, la possibilité d'un 'repentir'. L'intérêt présent dans une chose, ne peut pas en être retiré. Il n'a été que reconnu dans cette chose. Il est en quelque sorte indisponible.

#### d) La nature de l'intérêt public en matière de biens culturels en France et en Italie

De ce qui précède, on peut dire qu'en France, l'intérêt public en matière de biens culturels est placé sous le sceau du nominalisme, pour lequel n'existe réellement que ce qui est nommé. Mais alors le nominalisme de l'intérêt public français en matière de biens culturels s'opposerait au réalisme de la notion française d'intérêt général qu'on a dégagé au chapitre précédent. A notre avis il ne s'agit pas d'un paradoxe. On doit en effet considérer que le nominalisme de l'intérêt public en matière de biens culturels découle très logiquement de la notion d'intérêt général. Selon celle-ci, les biens culturels ne peuvent être désignés comme tels que par une autorité qui représente la société tout en étant séparée de cette même société. L'intérêt est attribué de l'extérieur à des biens dans lesquels il ne résidait pas. Il est en quelque sorte transcendant.

---

<sup>61</sup> Pour une autre approche de même thème, LETTERON (R.), "Le droit à l'oubli", *RDP*, 1996, 385-424.

L'intérêt public italien en matière de biens culturels est, à la différence de l'intérêt public français, est une réalité au sens où il existerait un concept de bien culturel dont les biens culturels matériels ne seraient que les applications concrètes et contingentes. L'intérêt public en matière de bien culturel est placé sous le sceau du réalisme. Le réalisme de l'intérêt public en matière de biens culturels semblerait s'opposer au nominalisme de la notion italienne d'intérêt public en général. Le paradoxe n'est qu'apparent. La loi italienne peut très bien identifier (formellement, positivement, etc. ...) un intérêt public et donner à cet intérêt public le contenu qui lui semble le plus approprié au regard de la situation. En l'espèce, la loi italienne a donné à l'intérêt public en matière de biens culturels un contenu immanent, c'est-à-dire selon l'étymologie (*in*, en et *manere*, résider) un intérêt qu'elle fait résider dans les biens mêmes.

#### **B. L'absence corrélatrice de normes premières provenant d'autres instances que l'Etat**

Les autres instances qui pourraient concurrencer le monopole normatif de l'Etat en matière de biens culturels sont d'une part les instances infra étatiques (1) et d'autre part les instances supra étatiques (2). On va voir qu'aucune des deux n'est en mesure de porter atteinte à l'exclusivité de l'Etat.

##### **1) L'exclusion d'instances infra étatiques**

###### **a) L'absence de pertinence de la question en France**

La question ne se pose pas en France. La définition abstraite, formelle et première de l'intérêt général est un monopole du Parlement, seul organe, chargé d'exprimer la volonté générale. La matière « biens culturels » n'y échappe pas.

###### **b) La situation italienne**

En Italie, la question n'est pas aussi tranchée car moins de 10 ans après l'adoption de la loi du premier juin 1939 n. 1089, deux normes juridiques de la plus grande importance entrent en vigueur et contiennent des dispositions qui auraient pu fonder des compétences en matière d'identification abstraite de l'intérêt public relatives aux biens culturels du ressort d'instances publiques autres que l'Etat. Dans l'ordre chronologique, il s'agit du statut de la région Sicile adopté par décret de régence le 15 mai 1946 n. 455 et qui a rang constitutionnel depuis la loi constitutionnelle du 26 février 1948 n.2 et deuxièmement, bien sûr, de la Constitution républicaine du 1<sup>er</sup> janvier 1948. On commencera toutefois par présenter la disposition de la nouvelle Constitution relative aux biens culturels.

b-1) L'interprétation "stataliste" de l'article 9 alinéa 2 de la Constitution

La Constitution de 1948 contient un article 9 ainsi rédigé : «*La République favorise le développement de la culture et la recherche scientifique.*

*Elle protège le paysage et le patrimoine historique et artistique de la Nation*» <sup>62</sup>.

L'étude des travaux de l'Assemblée constituante montre que les débats relatifs à la disposition qui allait devenir l'article 9 se sont déroulés dans un fort climat anti-régionaliste, propre à l'après-guerre. Pour la majorité des députés la priorité semble être en effet de garantir constitutionnellement le lien indissoluble Etat-patrimoine face aux institutions régionales ou du moins d'affirmer que la protection devait s'exercer à partir de critères unitaires. D'ailleurs, durant ces débats, un député n'hésita pas à s'écrier : «*Nous ne devons pas permettre que des irresponsabilités locales puissent menacer un si précieux patrimoine national*» <sup>63</sup>.

La commission chargée de présenter un projet de constitution à l'Assemblée constituante nouvellement élue (dite Commission des Soixante-quinze car composée de 75 membres de cette même Assemblée) avait proposé un article 29 ainsi rédigé : «*Les monuments artistiques et historiques, quel que soit leur propriétaire et en tout point du territoire national, relèvent de la protection de l'Etat. Il revient également à l'Etat d'assurer la tutelle du paysage*» <sup>64</sup>. Devant l'Assemblée plénière ce projet d'article fit l'objet d'amendements et même de nouvelles rédactions mais qui tous maintenaient la position monopolistique de l'Etat. Le terme République n'a finalement été substitué à celui d'Etat que pour satisfaire les régions à statut spécial qui demandaient que leur pouvoir normatif potentiel en matière de biens culturels soit respecté.

Certes donc, littéralement, des compétences pourraient être attribuées à d'autres pouvoirs publics que l'Etat du moment qu'ils relèvent de la République. Mais ce n'est pas cette interprétation littérale qui a dominé. Dans un premier temps il semblait bien que les rédactions des travaux préparatoires aient acquis plus d'importance que le texte définitif.

---

<sup>62</sup> L'article 9 a longtemps été regardé comme peu important ou comme purement déclaratif par la doctrine et il a végété à l'ombre des lois de protection adoptées à partir de 1909, qui, au moment même de sa naissance, pouvaient le toiser de leurs 40 ans d'existence. Il n'a commencé à faire l'objet d'un véritable travail d'interprétation qu'au milieu des années 1970 avec MERUSI (F.), "Art. 9", in *Commentario della costituzione a cura di G. Branca, Principi fondamentali*, 1975, Bologna, Zanichelli, 434-460, 446. Mais ce travail d'interprétation a surtout porté sur les rapports entre protection du patrimoine et atteinte à la propriété privée.

<sup>63</sup> Député Marchesi cité par A. Emiliani, *Una politica dei beni culturali*, Torino, Einaudi, 1974, 108.

<sup>64</sup> FALZONE (F.), PALERMO (F.), CONSENTINO (F.), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milan, 1979, 474.

Le travail interprétatif relatif à la *République*, l'entité que le constituant a chargée d'assurer la protection du *patrimoine de la nation*, n'a pas été développé plus loin qu'une évidence dont on voulait se convaincre et convaincre : la République c'est l'Etat. La République, entité dont le texte constitutionnel ne dessine pas précisément les contours, pas plus que le législateur qui n'apportera aucune précision, paravent pudique de l'Etat, est une machine de guerre contre les régions.

Deux interprétations plus fondées juridiquement vont tenter de défendre le verrouillage dont l'article 9 alinéa 2 a fait l'objet. Premièrement, on a fait remarquer que la Constitution ne faisait référence qu'à un seul patrimoine, celui de la Nation. On en a conclu que cela excluait *a contrario* qu'il puisse en exister d'autres en dehors, comme les patrimoines des régions par exemple. Deuxièmement, et de manière beaucoup plus approfondie, A. M. Sandulli, un des maîtres du droit public italien de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, a soutenu que la volonté du constituant et la logique du texte coïncidaient pour interpréter l'article 9 alinéa 2 comme un acte de simple réception du droit en vigueur, à savoir les lois de 1939<sup>65</sup>. Et comme les lois de 1939 n'accordaient de pouvoir de tutelle qu'à l'Etat, l'expression *République* devait être interprétée comme équivalente à Etat<sup>66</sup>.

Au milieu des années 1980 certains auteurs défendaient encore la position selon laquelle *République* devait être considérée comme équivalent à Etat<sup>67</sup>.

b-2) La question du fédéralisme patrimonial de la Sicile et des régions italiennes à statut spécial

En fonction de l'article 116 ancien de la Constitution, les cinq régions italiennes dites à statut spécial bénéficiaient d'une autonomie particulière au sein de la République<sup>68</sup>. L'étendue et les conditions de l'autonomie devaient être précisées dans un statut propre à chacune de ces régions adopté par une loi constitutionnelle. Les statuts spéciaux sont intervenus dans un vaste arc temporel (allant de 1946, statut de la Sicile à 1963, statut du Frioul Vénétie-Julienne) en tout cas avant les années 1970 qui virent les débuts de la régionalisation en Italie, c'est-à-dire, la création des régions à statut ordinaire. L'étude de ces

---

<sup>65</sup> SANDULLI (A. M.), "La tutela del paesaggio nella Costituzione", *Riv. giur. ed.*, 1967, 69 ss.

<sup>66</sup> Cette manière d'interpréter a été qualifiée de *pietrificazione* constitutionnelle. La France qui, ne l'ignore pas, la désigne sous le nom d'*état de la législation antérieure*. Dans les deux pays elle a été dépassée dans les années 1970.

<sup>67</sup> MASTROPASQUA (S.), "Tutela del patrimonio storico, archeologico e artistico", *Appendice al Noviss. Dig. It.*, Utet, 1987, 943.

<sup>68</sup> Article 116 « *A la Sicile, à la Sardaigne, au Trentin-Haut Adige, au Frioul-Vénétie Julienne et au Val d'Aoste sont attribuées des formes et des conditions particulières d'autonomie, selon les statuts spéciaux adoptés par des lois constitutionnelles* ».

statuts spéciaux fait apparaître que trois catégories de compétences normatives en matière de biens culturels ont été reconnues aux régions à statut spécial. Premièrement, toutes les régions à statut spécial ont été reconnues compétentes pour adopter une législation exclusive ou première en matière de « *musées et bibliothèques des collectivités territoriales* ». Deuxièmement, deux régions se sont vues attribuées une compétence législative exclusive en matière de biens culturels : la Sicile, déclarée compétente pour la « *conservation des antiquités et des œuvres artistiques* » (article 14 lettre *n* du statut de 1946) et le Trentin Haut-Adige reconnu compétent en matière de « *protection du patrimoine historique, artistique et populaire* » (article 8 alinéa 3 et 4 du statut de 1948). Troisièmement, trois régions à statut spécial disposaient d'une compétence normative seconde, proche d'un pouvoir de nature réglementaire (le droit italien parle de compétences d'*attuazione e integrazione*) leur permettant d'adapter les lois nationales en matière « *d'antiquités et de beaux arts* » (en l'occurrence, la loi du 1<sup>er</sup> juin 1939 n.1089) aux réalités régionales : la Sardaigne (article 5 lettre *c*) du statut), le Frioul Vénétie-Julienne (article 6 alinéa 3) et le Val d'Aoste (article 3 lettre *m*).

Mais l'inscription de ces compétences dans les statuts n'était que leur expression et non pas leur exercice. Certes, toutes les régions à statut spécial ont adopté des lois régionales en matière de musées et bibliothèques des collectivités territoriales. Mais il s'agissait d'une compétence dont l'étendue était somme toute bien limitée et que d'ailleurs l'article 117 ancien de la Constitution attribuait également aux régions à statut ordinaire. Ce sur quoi on voudrait insister est qu'aucune des régions à statut spécial n'a tiré de son statut une loi patrimoniale propre de grande ampleur, différente de celle de l'Etat. Seule la Sicile fait exception avec sa loi régionale du 1<sup>er</sup> août 1977 n°80. On va donc examiner l'exception sicilienne, qui constituait avant les réformes de 1997-2001 le seul cas de fédéralisme patrimonial en Italie.

Le statut de la région Sicile a été adopté, avant la Constitution même, par une loi constitutionnelle votée par le parlement national. Les pouvoirs exprimés dans ce statut sont donc des pouvoirs originaires et exclusifs de cette région, qui en est titulaire en propre, sans qu'il soit besoin de lui trouver une légitimité dans une attribution de l'Etat. En d'autres termes, cette région pouvait, avant toute régulation étatique, se prévaloir de ses propres titres de pouvoir. C'est pour des raisons historiques et conjoncturelles que de tels pouvoirs ont pu prendre place dans un Etat construit de haut en bas, qui comporte l'interdiction des pouvoirs propres, Etat qui, au surplus, est administrativement bâti sur l'idée d'étatisation complète du droit. Ces raisons sont les tendances séparatistes de la Sicile au milieu des années 1940, le rattachement somme toute récent de la Sicile à l'Italie (mai 1860) à moins d'un siècle du vote

du statut spécial de cette région (1946), et enfin le retard économique et social de la grande île.

L'article 14 lettre *n* du statut de 1946 attribua à la région Sicile une compétence législative première (ou pleine ou exclusive) en matière de « *protection du paysage, conservation des antiquités et des oeuvres artistiques* ». Juridiquement cette compétence ouvrait la voie à un véritable fédéralisme sicilien en matière de patrimoine au plus haut niveau car la loi de 1939 était implicitement écartée et avec elle l'identification abstraite nationale de l'intérêt public en matière de biens culturels. La région Sicile aurait donc pu identifier ce que constituait, pour elle, l'intérêt public dans ce domaine. Mais la région laissa passer une trentaine d'année sans exercer sa compétence législative. Elle ne réagit qu'au milieu des années 1970 lorsqu'elle se rendit compte que l'Etat allait attribuer des compétences normatives en matière de biens culturels (pourtant bien limitées) aux régions à statut ordinaire et qu'elle, bénéficiant d'un statut spécial, ne pouvait décemment pas disposer de moins de pouvoirs que ces dernières. Elle demanda tout d'abord à l'Etat que lui soient attribuées les compétences des administrations centrales et périphériques de l'Etat en matière d'antiquités, oeuvres artistiques et musées, ainsi que de protection du paysage. L'Etat obtempéra avec le décret du Président de la République n.637 du 30 août 1975 *normes d'application du statut de la région sicilienne en matière de tutelle du paysage et des antiquités et des beaux arts*. Mais la région sicilienne ne pouvait se contenter d'une compétence limitée à la détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels sur le territoire régional en application de critères décidés au niveau national (ceux de la loi de 1939) et dans l'optique d'un patrimoine national. Comme l'article 14 lettre *n* de son statut l'autorisait, elle adopta en 1977 une loi régionale *portant normes pour la tutelle, la valorisation et l'usage des biens culturels et environnementaux du territoire de la région sicilienne* <sup>69</sup>. Cette loi eût pour effet d'écarter formellement l'application de la loi nationale de 1939 sur le territoire de la région. Peut-on parler pour autant de situation fédérale ?

Notre position est que, s'il est possible de parler de fédéralisme patrimonial en Italie à partir de 1977, il ne s'agit que d'un fédéralisme formel et que sur le fond les normes nationales continuent d'être, d'une manière ou d'une autre, les seules normes de référence. On avancera trois arguments en ce sens.

---

<sup>69</sup> Loi régionale du 1<sup>er</sup> août 1977, n.80, reproduite in ALIBRANDI (T.), NATOLI (G.), SILVESTRO (E.), *I beni culturali e ambientali. op. cit.*, 113.

Premièrement, l'identification abstraite de l'intérêt culturel réalisée par la loi sicilienne ne se distingue guère de l'identification abstraite réalisée par la loi italienne de 1939. Certes, elle contient trois innovations qui ne sont pas négligeables. Tout d'abord, elle fonde dans un même texte les biens culturels, les biens environnementaux et les archives qui, au niveau national, faisaient à l'époque l'objet de trois lois différentes <sup>70</sup>. Ensuite, elle offre une définition plus large de l'objet de la protection en l'étendant à l'urbanisme (ce que la loi de 1939 ne prévoyait pas aussi expressément) <sup>71</sup>. Enfin, elle accorde une grande importance à la mise en valeur des biens protégés. Mais l'impression d'ensemble que laisse la loi sicilienne est qu'il s'agit plus d'une sorte de règlement d'application "personnalisé" de la loi de 1939 en fonction de la situation de l'île, qu'une véritable loi indépendante. On ne peut pas la comprendre si on ne pas connaît la loi italienne à laquelle elle fait implicitement mais constamment référence.

Deuxièmement, le décret du 30 août 1975 n.637, qui, on vient de le voir, transféra les compétences de détermination concrète en matière de biens culturels de l'Etat à la région, est resté en vigueur après l'adoption de la loi régionale sicilienne du 1<sup>er</sup> août 1977. Cela prouve que cette loi ne présentait pas de différences substantielles avec la loi nationale de 1939.

Troisièmement, la région Sicile ne se dote pas d'un personnel propre. La prévision de l'article 24 de la loi régionale de 1977 selon laquelle une loi successive devrait prévoir « *la structure, le fonctionnement, et le tableau du personnel des surintendances, des bibliothèques et des centres* » est resté lettre morte. En conséquence c'est toujours un personnel formé par l'Etat (dans le but évident d'appliquer les critères nationaux) qui travaille dans les surintendances siciliennes.

## 2) L'exclusion d'instances supra étatiques

Les seules instances supra étatiques potentiellement concurrentes en matière d'identification abstraite de l'intérêt public relatif aux biens culturels sont, jusqu'aux années 1980, les organes communautaires.

Le traité de Rome de 1957 prévoyait la mise en place d'un régime de libre circulation des marchandises entre les Etats membres. L'article 23 TCE (ex article 9) traçait les grandes lignes de ce régime. Il s'agissait d'*« une union douanière qui s'étend à l'ensemble des*

---

<sup>70</sup> La loi du 1<sup>er</sup> juin 1939 n.1089 relative aux choses d'intérêt artistique et historique, la loi du 29 juin 1497 n.1497 relative aux beautés naturelles et la loi du 17 décembre 1963 n.1863 suivie du décret du Président de la République du 30 septembre 1963 n.1409 relatifs aux archives.

<sup>71</sup> Selon l'article 2 de la loi sicilienne de 1977, « *les biens culturels et environnementaux objet de la présente loi sont : 1) naturels et naturalistiques ; 2) paysagers, architectoniques et urbanistiques ; 3) archéologiques ; ethno-anthropologiques ; 5) historiques, artistiques et iconographiques ; 6) bibliographiques ; 7) archivistiques* ».



*échanges de marchandises et comporte l'interdiction, entre les Etats membres, des droits de douanes à l'importation et à l'exportation et de toute taxe d'effet équivalent (...) »* <sup>72</sup>. La question de la nature des biens culturels se posa alors aux regard de ces dispositions. L'assimilation des biens culturels aux marchandises pouvait en effet être discutée en raison de la nature particulière de ces biens. Le traité n'offrait aucune indication sur ce point.

La Cour de Justice trancha la question dans une sentence de 1968 <sup>73</sup>. Elle déclara que les biens culturels étaient des « *produits appréciables en argent* », qu'ils pouvaient dès lors « *former l'objet de transactions commerciales* » et que par conséquent ils étaient « *soumis aux règles du marché commun* ». L'assimilation des biens culturels aux marchandises ouvrait théoriquement la voie à l'application de toutes les règles communautaires relatives à la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun aux biens culturels.

Toutefois, cette sentence n'entama pas la conception de la souveraineté patrimoniale qui régnait alors sans partage parmi les Etats membres, du moins parmi les Etats membres intéressés par la question comme l'Italie et la France. Car même si les biens culturels devaient être considérés comme des marchandises en ce qui concernait leur circulation dans le marché commun, le même traité de Rome contenait un article, l'article 30 (ex article 36), qui ouvrait des dérogations à l'application des règles relatives à la libre circulation des marchandises, se fondant sur la protection de valeurs extra-économiques. On lit dans la version française de cet article que « *les dispositions des articles 28 et 29 (ex articles 30 à 34 inclus) [interdiction des restrictions quantitatives et des mesures à effet équivalent à l'importation et à l'exportation] ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce des Etats membres* » <sup>74</sup>. On lit dans la version italienne de ce même article une formulation différente de la dérogation qui nous intéresse puisqu'il est fait état de la « *protection du patrimoine artistique, historique ou archéologique*

---

<sup>72</sup> Ce régime était précisé à l'article 25 TCE (ex article 12) « *Les Etats membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles* » et à l'article 29 TCE (ex article 34) « *1. Les restrictions quantitatives à l'exportation ainsi que les mesures d'effet équivalent sont interdites entre les Etats membres* ».

<sup>73</sup> CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c. République italienne*, n°7/68, Rec. p. 617.

<sup>74</sup> C'est nous qui soulignons.

*national* ». Quoi qu'il en soit de cette différence, il résulte de l'article 30 TCE (ex article 36) que le droit communautaire laisse à chaque Etat membre la latitude de définir, s'il le souhaite, les biens qui composent son *patrimoine artistique historique ou archéologique national* ou qui sont ses *trésors nationaux ayant valeur artistique historique ou archéologique*. Le droit communautaire permet en conséquence à chaque Etat membre compétent, s'il le souhaite, de déterminer les conditions d'exportation de tels biens et les contrôles douaniers effectués aux frontières nationales permettaient l'application de ces règles nationales relatives à l'exportation des biens culturels (le marché unique n'étant pas encore entré en vigueur).

La Cour de Justice, dans son arrêt de 1968 ne s'aventure nullement à vérifier si le recours fait par un Etat membre à la dérogation de l'article 30 TCE est justifié, c'est-à-dire si le bien culturel en question pouvait bien être qualifié d'élément du *patrimoine national* ou de *trésor national* d'un Etat membre. La souveraineté patrimoniale est respectée. Et pendant une vingtaine d'année (de la fin des années 1960 à la fin des années 1980) l'article 30 TCE et la sentence de 1968 ont été interprétés comme consacrant la compétence en quelque sorte naturelle des Etats membres à définir leurs patrimoines nationaux ou leurs trésors nationaux. P. Pescatore a sanctionné cette ligne interprétative du poids de son autorité doctrinale en déclarant en 1985 que « (L)'article 36 est plus qu'une exception aux règles du libre échange : il marque une limite à la compétence de la communauté »<sup>75</sup>.

Suite à la décision de la Cour de justice, l'Etat italien a néanmoins dû supprimer sa taxe à l'exportation des biens culturels (on verra dans quelles circonstances au chapitre 5). Peut-on dès lors considérer que les règles du marché commun, telles qu'elles ont été interprétées par le Cour de Justice, ont eu des conséquences limitatives sur le pouvoir normatif des Etats membres dans le domaine des biens culturels ? A notre avis la réponse est négative. Comme le rappelle la Cour de Justice, face à un gouvernement italien qui entendait prouver que sa taxe à l'exportation devait être considérée comme une mesure de protection des éléments composant son patrimoine national et donc rentrant dans la sphère d'appréciation souveraine que lui autorise la dérogation de l'article 30 TCE, l'alternative est simple. Soit l'Etat italien estime que le bien en question fait partie de son *patrimoine artistique historique ou archéologique national* et il a recours à la dérogation de l'article 30 pour interdire sa sortie du territoire et la question de la taxe à l'exportation ne se pose pas puisqu'il n'y a pas d'exportation, soit l'Etat italien estime que le bien n'en fait pas partie et il ne peut alors avoir recours à la dérogation de l'article 30 et le bien, qui n'est plus dès lors

---

<sup>75</sup> PESCATORE (P.) "Le commerce de l'art et le Marché commun", RTDE, 1985, 451-462, 457.

qu'une simple marchandise, peut librement sortir de son territoire, sans faire l'objet d'une taxation.

Jusqu'à la fin des années 1980 on pouvait considérer qu'aucune instance supra nationale n'était compétente pour poser ou pour contribuer à poser des critères en matière de définition de l'objet de la protection des biens culturels concurrents de ceux de l'Etat.

## ***§ 2 Le monopole étatique d'identification abstraite seconde de l'objet de la protection***

En général les lois de protection n'attribuent les marges d'identification abstraite qu'elles ne définissent pas elles-mêmes qu'à la seule administration d'Etat qui dispose ainsi d'un monopole des normes secondes (A.). Corrélativement, aucune attribution n'a été faite en direction d'autres instances (B.).

### **A. Le monopole des normes secondes de l'administration d'Etat**

Les lois de protection françaises et italiennes habilent l'administration d'Etat à adopter d'une part des règlements d'application (1) et d'autre part d'autres normes secondes qu'on ne peut mieux classer qu'en disant que se sont celles qui ne rentrent pas dans la catégorie précédente (2). Les compétences pour adopter ces normes sont sans surprise remises aux instances les plus élevées de l'administration d'Etat.

#### **1) Les règlements d'application des lois**

##### **a) Les formes de ces normes secondes**

En France, les lois qui identifient abstraitement l'intérêt public en matière de biens culturels renvoient toutes pour leur application aux textes réglementaires les plus solennels : le règlement d'administration publique lorsqu'il s'agit de lois anciennes, le décret en Conseil d'Etat lorsqu'il s'agit de lois plus récentes <sup>76</sup>. Les articles 17 et 37 de la loi de 1913 font appel à un règlement d'administration publique « *pour déterminer les détails d'application de*

---

<sup>76</sup> Les règlements d'administration publique étaient une sorte d'investiture spéciale attribuée par le législateur au gouvernement afin d'adopter des règles d'application de la loi. Le gouvernement avait l'obligation de consulter l'Assemblée générale du Conseil et ce dernier se considérait comme coauteur du contenu du règlement d'administration publique. Il a été supprimé en 1980. Le décret en Conseil d'Etat oblige l'administration à consulter ce Conseil qui détermine lui-même laquelle de ses formations consultatives il estime la plus adaptée. Le gouvernement ne peut adopter que des dispositions conformes à son propre projet ou au texte de la consultation rendue par le Conseil d'Etat.

la présente loi » <sup>77</sup>. La loi du 31 décembre 1921 qui permet le classement d'objets privés sans le consentement du propriétaire et la loi du 27 septembre 1941-13 septembre 1945 *portant réglementation des fouilles archéologiques* renvoient également à un règlement d'administration publique le soin de préciser certaines de leurs dispositions. L'article 24 de la loi du premier décembre 1989 *relative aux biens culturels maritimes* fait appel à des décrets en Conseil d'Etat. Les articles 5, 8 et 10 de la loi du 31 décembre 1992 *relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation* font de même.

L'Italie ne connaît pas une hiérarchie réglementaire semblable à la hiérarchie française. Mais avant d'étudier la relation juridique qui existe entre la loi et le règlement en Italie il faut présenter d'un mot l'étrange situation de la norme d'application des lois de 1909, de 1939 et 1999. Le règlement évoqué en divers articles de la loi de 1939 (comme par exemple l'article 71) n'a jamais été adopté. L'application de la loi s'est faite sur le fondement du règlement d'application de la loi de 1909, le règlement de 1913 n. 363 selon ce que prévoyait la loi de 1939 elle-même <sup>78</sup>. Cette circonstance prouve deux choses. D'une part, elle met en lumière la continuité entre la loi de 1909 et celle de 1939, la seconde n'étant comme on l'a déjà dit qu'un perfectionnement technique de la première. D'autre part, et surtout, elle illustre le peu d'empressement de l'administration à se doter ou à revendiquer un règlement moderne, s'accommodant finalement assez bien du vieux règlement de 1913 dont elle n'a jamais facilité l'accès et dont elle restait maîtresse d'apprécier la compatibilité avec la loi de 1939. D'une certaine manière l'absence de texte réglementaire propre à la loi de 1939 a élargi les pouvoirs d'appréciation de l'administration et a contribué au développement d'une attitude "normatisante" chez cette dernière (si on nous passe le néologisme). Il est intéressant de constater que le règlement d'application du texte unique de 1999 n'a, lui non plus, toujours pas été adopté alors que trois ans se sont écoulés depuis l'entrée en vigueur de l'article 12 du texte unique qui prévoit que tant que le règlement d'application prévu n'est pas entré en vigueur, les dispositions réglementaires adoptées par le décret 30 janvier 1913 n.363 (et quelques autres textes) restent en vigueur tant qu'elles sont compatibles avec le texte unique. Aujourd'hui donc le règlement d'application du texte unique de 1999 est le règlement d'application de la loi de 1909. La doctrine estime qu'il n'y a pas vraiment d'incompatibilité

---

<sup>77</sup> Ce règlement fera l'objet du décret du 18 mars 1924 *portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques* (JORF, 24 mars 1924, rec. 41)

<sup>78</sup> En vertu de l'article 73 de la loi de 1939, les normes du règlement 30 janvier 1913 restent en vigueur, dans la mesure où elles sont applicables et tant que le règlement d'exécution de la loi n'est pas adopté.

entre les deux, preuve supplémentaire que non seulement l'esprit mais également la lettre de la législation italienne n'a guère varié en un siècle <sup>79</sup>.

L'article 12 du texte unique prévoit que le règlement d'application doit être adopté selon la procédure prévue à l'article 17 alinéa 1 de la loi du 23 août 1988 n.800 *Organisation de l'activité de Gouvernement* (...). Cette dernière disposition désigne deux types de règlement : d'une part « *les règlements d'exécution des lois et des décrets législatifs* » et d'autre part « *les règlements d'application (attuazione) et d'intégration (integrazione) des lois et des décrets législatifs portant normes de principe* ». Les deux relèvent de la *potestà normativa del governo* (c'est-à-dire de la puissance ou de la capacité normative du gouvernement). Selon la doctrine, l'article 12, bien que faisant littéralement référence à un règlement d'application doit être plutôt compris comme n'autorisant le gouvernement qu'à adopter un règlement d'exécution car les dispositions du texte unique sont plus précises que des *normes de principes*. L'adoption d'un règlement d'exécution ne laisse pas une très large marge d'autonomie au gouvernement ; en tous cas une marge moindre que s'il s'était agit d'un règlement d'application <sup>80</sup>.

On a vu précédemment que trois régions italiennes à statut spécial tiraient de leurs statuts une compétence normative seconde, qui leur permettait d'adapter les lois nationales en matière « *d'antiquités et de beaux arts* » (en l'occurrence, la loi du 1<sup>er</sup> juin 1939 n.1089) aux réalités régionales : la Sardaigne (article 5 lettre *e*) du statut), le Frioul Vénétie-Julienne (article 6 alinéa 3) et le Val d'Aoste (article 2). Aucune de ces trois régions n'a exercé sa compétence réglementaire.

#### b) La marge d'autonomie

Les lois de protection n'attribuent pas aux décrets d'application qu'elles prévoient de marge d'interprétation quant à la définition ou plus exactement quant à la précision de critères légaux liés à l'objet de la protection. L'étendue de ces critères légaux n'est ni réduite, ni encadrée par les règlements, elle reste entière.

Ces règlements portent sur autre chose : l'organisation des procédures d'adoption des actes de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels. Mais cette

---

<sup>79</sup> LIGUGNANA (G.) "Commento all'articolo 12", in M. CAMMELLI (ed.), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, il Mulino, 2000, 59.

<sup>80</sup> La procédure d'adoption se compose des étapes suivantes : délibération en Conseil des ministres, consultation obligatoire du Conseil d'Etat (mais dont l'avis n'est jamais obligatoire), adoption par décret du Président de la République, visa et enregistrement de la Cour des comptes qui effectue le *contrôle préventif de légitimité*, qui est une sorte de contrôle administratif automatique *a priori*.

procédure d'adoption ne doit être entendue qu'au sens d'attribution et de répartition de compétence à divers organes étatiques et non pas comme organisation d'une quelconque participation, à un titre ou à un autre, des personnes ou des groupes concernés par les mesures de protection. Une évolution se fera jour à la fin des années 1980 (cf. la seconde partie).

C'est dans le droit français qu'on a retrouvé le seul exemple, à notre connaissance, d'un large pouvoir réglementaire attribué à l'administration, celui de l'application de la législation des monuments historiques à l'Algérie, lorsque l'Algérie était organisée sous forme de départements. A l'origine, il était prévu que la loi de 1913 soit directement applicable aux départements algériens. Le Gouverneur général de l'Algérie, en accord avec l'administration des Beaux-Arts, demanda que les dispositions de la loi soient introduites au moyen d'un décret, afin de permettre les adaptations nécessaires aux conditions de l'Algérie. L'article 36 de la loi renvoya donc à un règlement d'administration publique le soin de déterminer «*dans quelles conditions et suivant quelles modalités*» la loi serait applicable à l'Algérie. On peut voir dans un tel mécanisme une procédure courante en matière de "législation" relative aux colonies. De même la coexistence de deux régimes de propriété, la propriété française et la propriété indigène rendait sans doute nécessaire une adaptation de la loi propre à l'Algérie. Il n'en demeure pas moins qu'on chargeait l'administration d'une interprétation d'autant plus large de la loi que, dans ce cas précis, elle pouvait déboucher sur sa réécriture lorsque les circonstances le commandaient. Le règlement d'administration publique fut adopté en 1925 <sup>81</sup>. Les lois métropolitaines successives furent toujours introduites en Algérie par voie de décret ou même de simple arrêté, selon la lecture que l'administration faisait de leur adaptabilité au contexte algérien <sup>82</sup>. La même procédure était applicable pour les colonies.

Depuis 1976 et après beaucoup d'hésitation, les normes nationales sont applicables aux départements et aux régions d'Outre-mer sans que ces normes aient besoin d'indiquer expressément ce champ d'application, ce qui supprime tout pouvoir d'adaptation à l'administration <sup>83</sup>. Les territoires d'Outre-mer sont en revanche toujours soumis au principe de la spécialité législative qui signifie que des lois et des décrets nationaux ne sont appliqués à ces territoires que s'ils portent une mention expresse en ce sens <sup>84</sup>. Mais «*l'application aux*

---

<sup>81</sup> Décret du 14 décembre 1925.

<sup>82</sup> Les informations relatives à l'Algérie proviennent de BRICHET (R.), *Le régime des monuments historiques en France*, Paris, 1952, 215-220.

<sup>83</sup> ZILLER (J.), *Les DOM-TOM*, LGDJ, 1996, 62 ss.

<sup>84</sup> Sauf pour les lois dites de souveraineté, mais la loi de 1913 n'en est probablement pas une.

*territoires d'Outre-mer du droit métropolitain en vertu du principe de spécialité législative tel qu'il est mis en œuvre aujourd'hui ne dépend que de la législation ou du pouvoir réglementaire national »* <sup>85</sup>.

## 2) Les autres normes secondes

On range dans cette catégorie toutes les normes secondes dont la loi attribue compétence à l'administration qui ne sont pas des règlements d'application. La plupart des actes normatifs que les lois de protection autorisent l'administration d'Etat à adopter sont des actes à effet de zone. Or, pour de tels actes, ce n'est pas tant la délimitation en elle-même qui définit l'acte normatif mais bien plutôt la détermination des servitudes. Cela justifie que l'étude en soit renvoyée à la seconde section relative aux finalités et aux régimes de protection.

Signalons toutefois le cas deux actes administratifs normatifs, l'un français, l'autre italien, qui ne sont pas à effet de zone.

En France, sur le fondement d'un des textes d'application de la loi du 23 juin 1941 relative à l'exportation d'œuvres d'art (le décret du 30 novembre 1944), l'administration a adopté un certain nombre « *d'avis aux exportateurs* » qui déterminaient les modalités d'application des principes énoncés par la loi du 23 juin 1941 et qui ont même parfois légèrement modifié les critères de cette loi <sup>86</sup>. A la suite de la loi du 31 décembre 1992 *relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation*, ces avis ne sont plus en vigueur et l'administration ne peut plus en adopter d'autres.

En Italie, le texte unique prévoit que le ministre peut déterminer les catégories de biens qui sont interdites à l'exportation pour des périodes définies. La loi fournit des critères : ces catégories doivent être identifiées en fonction des caractéristiques objectives des biens, de leur provenance ou de leur appartenance (article 65, alinéa 2, lettre b).

## B. L'absence corrélatrice de normes secondes provenant d'autres instances

Cette absence découle de ce qui a été dit précédemment. A notre connaissance l'exclusivité normative de l'Etat ne souffre aucune exception.

---

<sup>85</sup> BRARD (Y.), "Autonomie interne et source du droit en Polynésie française", *AJDA*, 1992, 544.

<sup>86</sup> *Rec.*, 433 ss. FRIER (P.-L.), *Droit du patrimoine culturel*, PUF, 1997, 465-466.

## **Section 2 Le monopole étatique d'identification abstraite des finalités de la protection : les régimes de protection des biens culturels**

Ce monopole s'applique tout aussi bien à l'identification abstraite et première, celle réalisée par la loi (§ 1) qu'à l'identification abstraite et seconde, celle réalisée par le règlement (§ 2).

### ***§ 1 Le monopole étatique d'identification abstraite et première des finalités de la protection***

#### **A. Le monopole des lois de l'Etat**

Comme en matière d'objet, le monopole de l'Etat en matière de finalité relève de l'évidence historique. Mais celle-ci se double ici de la circonstance qu'en France comme en Italie, le législateur national est seul compétent pour porter atteinte à la propriété privée.

De la même manière que l'imprécision et l'étendue des critères légaux relatifs à l'objet de la protection étaient la source d'un large pouvoir administratif, l'imprécision et l'étendue des critères légaux relatifs aux finalités de la protection sont à l'origine d'un pouvoir administratif tout aussi large. Le législateur n'a pas voulu lier de trop près l'activité technique de l'administration. Cette largeur des critères liés à la finalité de la protection aura également des conséquences sur la concurrence d'instances différentes pour dire le droit en matière de destination des biens culturels.

Préalablement à l'examen des finalités et des régimes et pour éviter toute confusion par la suite, il faut préciser le rapport qui existe entre finalités légales et régimes juridiques (1) avant de décrire les trois principales finalités légales (2). Les principaux régimes par lesquels se manifestent ces finalités seront ensuite présentés (3).

#### **1) Le rapport entre finalités légales et régimes juridiques en droit français et en droit italien**

La manière selon laquelle chacun des systèmes juridiques envisage le rapport entre finalités légales et régimes juridiques est une illustration très caractéristique de la différence fondamentale qui existe entre la notion française d'intérêt général et la notion italienne d'intérêts publics et qu'on a mis en évidence au chapitre préliminaire.



En Italie toute activité de l'administration est obligatoirement orientée vers un but. L'article 1 alinéa 1 de la loi du 7 août 1990 n.241 *nouvelles normes en matière de procédure d'adoption administrative (...)* qui proclame que « *L'activité administrative poursuit les fins déterminées par la loi* » ne fait que sanctionner au niveau législatif un principe non écrit mais reconnu depuis longtemps par la doctrine et par le juge et appliqué par ce dernier.

En France, le but de l'action administrative peut en revanche très bien demeurer dans une relative indétermination qui provient de ce que l'administration est avant tout soumise à l'intérêt général avant même d'être soumise à un intérêt public caractérisé (comme celui en matière des biens culturels) qui n'est qu'un avatar du premier.

En d'autres termes, sur ce point, la principale différence entre la France et l'Italie tient au degré de reconnaissance juridique et en particulier légal, dont les finalités de la protection font l'objet.

En France, les critères légaux relatifs à la finalité de la protection sont rares et elliptiques. Ils sont mêmes souvent "court-circuités" et les lois se concentrent sur les régimes. Or, il ressort de la définition même du régime « *système de règles considéré comme un tout (...)* en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles », que les régimes ne sont que les modalités opératoires des finalités légales<sup>87</sup>. La loi française de 1913 et les autres lois patrimoniales illustrent nettement cette attitude. Elles contiennent beaucoup de choses assez précises sur les régimes auxquels les biens protégés sont soumis, ce qui est d'ailleurs la moindre des choses vu qu'elles mettent souvent en jeu le droit de propriété, mais très peu sur les finalités.

En Italie, les critères légaux relatifs à la finalité de la protection sont plus nombreux qu'en France, reconnus à un niveau normatif homogène, celui de la loi, précisés et parfois même définis. Il y a vraisemblablement deux raisons à cette situation. Premièrement, le système italien de droit public, qui accorde beaucoup plus d'importance aux fonctions administratives que le système français, valorise l'approfondissement des buts que la loi indique à l'administration. Il résulte de la précision italienne que le champ du pouvoir discrétionnaire attribué à l'administration est balisé par des critères légaux qui sont beaucoup plus nombreux qu'en France. Deuxièmement, en Italie, les débats relatifs aux biens culturels en général et à la manière dont ils doivent être protégés, tient une place beaucoup plus grande qu'en France. La production académique non juridique dans le domaine est très élevée. La production académique juridique l'est tout autant. La richesse des débats permet ainsi des

---

<sup>87</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1996, 707.

avancées scientifiques, toujours partielles, toujours remises en question, mais dont une petite partie est cependant suffisamment cristallisée pour acquérir force normative.

Le législateur italien ne s'est pas enfermé dans l'énumération des différents régimes de protection et dans les modalités concrètes d'application qu'ils entraînent. Il a créé un corps de normes que la doctrine appelle la « *destination institutionnelle des biens culturels* » qualifiés<sup>88</sup>.

Et encore la doctrine italienne est très critique vis-à-vis des textes qu'elle ne juge pas assez précis. Dans un entretien accordé au mensuel *Il Giornale dell'arte* en 2000, S. Cassese dénonçait l'absence de révision des finalités légales à l'occasion de réformes récentes, l'adoption du texte unique de 1999, celle du décret législatif n.112 de 1998 et la réorganisation du ministère des biens culturels. Il regrettait que « *Les fonctions du ministère soient (...) encore déterminées par la réforme de 1939* » alors qu'il faudrait « (...) définir dans des lois les objectifs de politique des biens culturels qu'on poursuit »<sup>89</sup>.

Les lois françaises et les lois italiennes ne prévoient pas un seul régime de protection uniforme applicable à tous les biens qualifiés mais plusieurs régimes en fonction de circonstances légalement prévues.

On notera que les lois de protection fixent en général elles-mêmes le régime de protection auxquels sont soumis *ispo jure* les biens dans lesquels les critères légaux de la protection ont été reconnus. Il arrive cependant parfois que les lois renvoient la fixation de certains régimes à l'autorité chargée de leur exécution. On distinguera donc d'une part les régimes légaux et d'autre part les régimes administratifs de protection. Les premiers seront étudiés dans le 2) ci-dessous et les seconds au paragraphe suivant.

## 2) Les trois principales finalités légales

A l'origine, les lois de protection, qu'elles soient françaises ou italiennes, avaient toutes les deux une même finalité principale : le maintien en l'état des biens ayant fait l'objet d'une qualification.

Deux autres finalités légales se sont par la suite ajoutées à cette première, mais sans bénéficier de la même reconnaissance juridique : la jouissance publique (*fruizione pubblica* ou *godimento pubblico*) et la valorisation. Il est à peine besoin de souligner que ces notions,

---

<sup>88</sup> ALIBRANDI (T.), "Valorizzazione e tutela dei beni culturali", *FA*, 1998, 1635-1646.

<sup>89</sup> CASSESE (S.), "Un ministero a gambe all'aria : un piede nel 1939 e uno nel 2000", *Il Giornale dell'Arte*, N. 190, juillet-août 2000, p. 1 et p. 8.

d'une très grande complexité technique, ne font que rarement l'objet d'une interprétation unanime et se recoupent les unes les autres en de nombreux points <sup>90</sup>.

a) La conservation française et la *tutela* italienne en général

Le maintien en l'état des biens ayant fait l'objet d'une qualification prend le nom de conservation ou de préservation en France et de *tutela*, tutelle, en Italie <sup>91</sup>. *Tutela* est un mot particulièrement riche. On ne pourra donner ici qu'un aperçu de toutes les significations dont il est revêtu. Mais le maintien en l'état, s'il constitue un noyau commun aux deux systèmes n'en est pas moins un noyau minimum. Avec des modalités qui diffèrent beaucoup d'un système à l'autre, il a été, au cours d'une longue évolution, étendu au maximum de ses implications potentielles. A côté du noyau historique de la conservation comme maintien de l'intégrité du bien qualifié ou comme retour à cette intégrité <sup>92</sup>, se sont ajoutées la restauration puis la conservation de l'environnement du bien protégé.

En France, à s'en tenir à la lettre de la loi de 1913, l'intérêt général en matière de biens culturels aurait pour but exclusif la « *conservation* » des biens ayant fait l'objet d'un classement et à la « *préservation* » des biens ayant fait l'objet d'une inscription, respectivement aux articles 1 (immeubles) et 14 (objets) et aux articles 3 (immeubles) et 24 bis (objets) de la loi de 1913. Les deux termes ne font l'objet d'aucune précision. Il en résulte bien évidemment un champ discrétionnaire très large laissé à l'administration.

En Italie, l'article 1 du texte unique de 1999, qui ne fait que reprendre les formulations des lois de 1909 et de 1939, indique que « *les biens culturels qui composent le patrimoine historique et artistique national sont protégés selon les dispositions de ce Titre (...)* ». La *tutela* italienne n'est pas non plus définie. Cela a ouvert un conflit d'interprétation entre les tenants d'une définition étroite ou classique, ci-dessus, du maintien ou du retour à l'intégrité

---

<sup>90</sup> Un facteur de complexité supplémentaire est en outre introduit par les lois de financement qui ouvrent des crédits pour des interventions sur les biens culturels qu'elles définissent. Elles assortissent les financements qu'elles prévoient de critères qui leur sont propres et qui le plus souvent chevauchent les critères de subventions prévus dans les lois de protection. A titre d'exemple, les deux dernières lois de programme françaises relatives au patrimoine monumental prévoient l'une « *la restauration et la mise en valeur de monuments (...) ainsi que les objets mobiliers qu'ils contiennent, dont l'état nécessite des travaux importants* » et « *la mise en valeur de grands sites archéologiques (...)* » et l'autre « *le financement de la conservation du patrimoine monumental culturel d'intérêt public* ». Respectivement la loi de programme n°88-12 du 5 janvier 1988, *JORF*, 8 janvier 1988, 207 et la loi de programme n°93-1437 du 31 décembre 1993, *JORF*, 1994, 129. C'est nous qui soulignons.

<sup>91</sup> La traduction de *tutela* par *protection* sans être fautive appauvrit le sens italien. Autant que faire se peut on a donc décidé de conserver le mot en italien dans le texte français.

<sup>92</sup> ALIBRANDI (T.), "Valorizzazione ...", *art. cit.*, 1639.

physique du bien <sup>93</sup> et les tenants d'une définition large qui engloberait la mise en valeur. En revanche, la restauration, notion *a priori* au moins partiellement incluse dans celle de conservation, fait l'objet d'une définition.

Mais la place de la restauration parmi les finalités des lois de protection est ambiguë. D'une part, la restauration est nécessaire, le cas échéant, pour permettre le rétablissement du bien dans son intégrité, ou du moins dans un état tel que, sans atteindre l'intégrité, l'intérêt d'art ou d'histoire qui a présidé à sa qualification est maintenu et lisible. Cela relève clairement d'une approche de conservation <sup>94</sup>. D'autre part, la restauration peut avoir des effets plus larges et déborder sur la mise en valeur. C'est ce qui pousse une partie des spécialistes italiens à ranger le genre restauration dans l'espèce *valorizzazione*, puisqu'il facilite l'approche et la compréhension du bien ce qui relève de l'opération de mise en valeur <sup>95</sup>.

Quoi qu'il en soit, en Italie, la profondeur du débat théorique et la richesse de la pratique <sup>96</sup> ont permis d'introduire dans le texte unique un article donnant la définition suivante de la restauration : « *intervention sur une chose ayant pour but d'en maintenir l'intégrité matérielle et d'assurer la conservation et la protection de ses valeurs culturelles* » (article 34). Cette précision n'a pas débouché sur la création d'un régime propre aux opérations de restauration qui suivent le régime des modifications (articles 21 et 23 du texte unique). Cependant, les travaux entrepris à l'initiative du propriétaire et qualifiés de restauration par l'administration peuvent faire l'objet d'un financement partiel (article 35).

De son côté, la loi française de 1913 en conformité avec son approche concentrée sur le régime des biens qualifiés, n'évoque la restauration que comme modification parmi d'autres qui ne peut être exécutée « *si l'autorité compétente n'y a donné son consentement* » (article 9 alinéa 1 pour les immeubles et article 22 pour les objets).

---

<sup>93</sup> Et qui est celle d'un grand théoricien et praticien italien de la restauration, v. BRANDI (C.), *Il restauro. Teoria e pratica. A cura di Michele Cordaro*, Roma, Editori Riuniti, 1996.

<sup>94</sup> Approche théorisée et pratiquée par C. Brandi. Pour ce dernier la restauration, qui devait être préventive dans la mesure du possible, avait pour but de « *rimettere in efficienza un prodotto de l'attività humaine* » ("Il restauro", in *Il restauro. Teoria e pratica. op. cit.*, 15.). Cette conception fut approfondie par G. Urbani qui s'attacha à mettre en oeuvre les fondements d'une « conservation programmée » (ZANARDI (B.) a cura di, *Intorno al restauro*, Skira, Milano, 2000).

<sup>95</sup> ALIBRANDI (T.), "Valorizzazione ...", *art. cit.*, note 11.

<sup>96</sup> L'Institut central de la restauration, créé en 1939 et dont C. Brandi et G. Urbani furent directeurs, a joué un rôle majeur dans l'approfondissement de la notion de restauration. En 1964, les spécialistes italiens ont grandement influencé la rédaction de la Charte de Venise qui eut un retentissement mondial (cf. chapitre 4). En 1972, ils se sont dotés d'un document national, la Charte de la restauration.

La conservation de l'environnement du bien protégé peut être caractérisée comme étant le dernier avatar d'une conception élargie de la conservation <sup>97</sup>. Deux instruments la réalisent : la protection *per relationem* et la zone de protection autour de l'immeuble protégé.

La protection *per relationem* est propre à la France. L'article 1 alinéa 2 de la loi de 1913 permet de protéger un immeuble à cause de la relation qu'il entretient avec un bien déjà protégé, dans le but d'accroître la protection de ce dernier. L'intérêt n'a pas à être artistique ou historique; il n'a qu'à être relationnel. Il en a déjà été question au paragraphe précédent.

En revanche, les zones de protection autour des immeubles qualifiés sont des instruments communs aux deux systèmes. Leurs régimes présentent toutefois de très grandes différences.

En Italie, la possibilité de créer autour d'un immeuble déjà qualifié une zone de protection remonte à la loi de 1909 (article 14). La *zone de protection* ou la *tutela indiretta* a été reprise par la loi de 1939 et par le texte unique (article 49). Les zones de protections sont facultatives. Elles ne sont créées que si l'administration l'estime nécessaire. Lorsqu'elles sont créées elles doivent avoir pour but en général « *d'éviter que l'intégrité des choses immobilières soumises aux dispositions de ce titre soit mise en péril* » et en particulier « *que n'en soient endommagées la perspective ou la lumière ou que n'en soient altérées les conditions d'environnement et de décor* » (article 49). Leur superficie et les servitudes qu'elles contiennent sont déterminées au cas par cas par la surintendance compétente.

En France, la loi du 9 février 1943 - 9 et 15 août 1944 *modifiant la loi de 1913*, visiblement directement inspirée par la loi italienne de 1939, a également créé une zone de protection qui s'étend, à partir de l'immeuble qualifié, aux immeubles se trouvant dans son champ de visibilité. Les potentialités de cette protection sont au moins aussi élevées que les discussions relatives à son interprétation. Le champ de visibilité a été rapidement requalifié par la doctrine de périmètre de protection. A la différence des zones italiennes, la superficie des périmètres français est prédéterminé par la loi (500 mètres de rayon) de même que les servitudes qui y sont appliquées. Les biens qui y sont inclus ne peuvent être modifiés sans autorisation de l'administration (articles 1 alinéa 2 3°, 13 bis et 13 ter de la loi de 1913).

---

<sup>97</sup> L'expression protection environnementale reprend, en la traduisant, l'expression italienne de *tutela ambientale dei beni culturali* puisque le système français connaît la notion mais ne dispose pas d'une expression propre pour la désigner.

## b) La jouissance publique

Le droit italien a très tôt, dès la loi de 1939, ajouté à la protection une finalité concomitante à la *tutela*: la jouissance publique ou *fruizione pubblica* ou encore *godimento pubblico*. Cette finalité n'est pas inconnue en France mais elle est beaucoup moins explicite.

En Italie, le texte unique affirme trois principes liés à la jouissance publique. Premièrement, les biens culturels relevant du domaine public sont destinés à la jouissance du public. Par principe ces biens sont ouverts à la visite publique. Les modalités d'ouverture à la visite sont arrêtées par des règlements ministériels (articles 98 et 99 du texte unique). Deuxièmement, les biens privés qui présentent un intérêt exceptionnel doivent être ouverts au public, une fois que cet intérêt a été reconnu par un acte *ad hoc*, différent de l'acte par lequel l'administration reconnaît l'intérêt important d'un bien privé, qui justifie la protection (article 106 du texte unique). Troisièmement, tout immeuble dont la restauration a été totalement ou même partiellement financée par l'Etat doit être ouvert au public selon des modalités établies dans une convention passée entre le propriétaire et le ministre (article 45).

En France, la jouissance des biens culturels de la part du public n'est nulle part indiquée comme étant une finalité légale de la protection. Une telle absence est étrange et pour tout dire ne semble conforme ni au critère de l'intérêt national ni au texte constitutionnel. Le critère de l'intérêt national qui, avec la loi de 1887, a fondé le système de protection et qui irrigue encore certains aspects du droit positif supposerait en effet une véritable appropriation des biens culturels de la part de la nation dont l'un des effets, pourtant bien atténué, consisterait certainement en la reconnaissance d'une possibilité de visite. Elle n'est pas non plus conforme à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, partie intégrante du bloc de constitutionnalité et donc droit applicable, qui indique que « *la nation garantit l'égal accès (...) à la culture* » et rappelle ainsi l'affirmation de l'absence de discrimination dans l'accès à la culture et donc par extension aux biens culturels comme on le verra au paragraphe suivant. Ce sont des règles d'un autre rang normatif que le rang légal et qui n'ont pas les biens culturels comme objet principal, qui aboutissent, indirectement, à l'existence d'un régime de l'ouverture des biens au publics. Le vide légal est comblé par l'administration et par le juge.

## c) La mise en valeur

Une troisième finalité est apparue plus récemment encore. Il s'agit de la mise en valeur. Les contours de cette notion sont encore flous et il n'est pas certain qu'elle soit totalement englobée parmi les finalités de la protection, même si là encore, la réflexion italienne semble plus avancée qu'en France.

C'est en Italie que la valorisation est inscrite pour la première fois comme l'un des buts de l'action de l'Etat en faveur des biens culturels. Le décret loi de 1975 par lequel est créé le ministère des biens culturels et environnementaux fixe comme tâche à la nouvelle structure de « *pouvoir à la tutela et à la valorizzazione du patrimoine culturel du pays* »<sup>98</sup>. Ce rattachement n'a pas été remis en question dans la nouvelle organisation du ministère de 1998 qui confirme que la *tutela* et la valorisation ainsi mises sur le même pied d'égalité, sont les deux grandes attributions du ministère rénové<sup>99</sup>.

Un embryon de régime a été mis en place par l'article 97 du texte unique qui précise que les interventions de mise en valeur sont soumises au régime préventif des modifications, c'est-à-dire qu'elles doivent être préalablement autorisées conformément à l'article 21 du texte unique. Nous avons ici à faire à un bel exemple de critère légal particulièrement large pour ne pas dire imprécis. Cette largeur même a pour effet d'attribuer à l'administration chargée de mettre en œuvre ces dispositions légales un pouvoir administratif proportionnel. S. Cassese a fait remarquer que, de manière générale, la mise en valeur n'avait guère été juridicisée<sup>100</sup>. La doctrine ajoute que, contrairement à la *tutela* ou à la jouissance publique, la valorisation ne justifie jamais le sacrifice de l'intérêt privé et que l'Etat ne peut donc mettre en œuvre, pour assurer cette finalité, que des instruments contractuels ou d'incitation.

Il est difficile de définir ce en quoi consiste la notion italienne de mise en valeur, *valorizzazione*, des biens protégés. Comme point de départ on peut dire (car c'est désormais un acquis) que la valorisation n'a pas pour but d'accroître la valeur culturelle du bien (celle qui a présidée à sa protection juridique), mais uniquement sa valeur relationnelle<sup>101</sup>.

Ensuite, une définition négative permet d'en cerner quelques traits. On peut considérer la mise en valeur comme l'ensemble des activités relatives à un bien protégé qui ne relèvent pas de la *tutela*. C'est en cela qu'on a pu dire que l'approche scientifique ne gouvernait que, mais entièrement, la *tutela* et que la mise en valeur relevait d'une approche différente, et plus récente, du patrimoine : la politique culturelle et son souci de « *communicabilité* » du monument ou du bien. Pour sa part, M.S. Giannini estime que la valorisation n'est pas

---

<sup>98</sup> Article 2 du décret loi du 14 décembre 1974 n.657, *Institution du ministère pour les biens culturels et environnementaux*. L'article 1 du DPR n.805 du 3 décembre 1975 sur l'organisation du ministère des biens culturels et environnementaux reprend la même formulation.

<sup>99</sup> Article 2 alinéa 2 lettre a) du décret législatif du 20 octobre 1998, n.368, *Institution du ministère pour les biens et les activités culturelles*.

<sup>100</sup> CASSESE (S.), "I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione", *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, 673-675, 674. La valorisation a fait l'objet d'une étude très fouillée : CASINI (C.), "La valorizzazione dei beni culturali", *RTDP*, 2001, 651-707.

<sup>101</sup> FERRI (P.), "I beni culturali ...", *art. cit.*

quelque chose de récent. Au contraire, elle serait une obligation naturelle des pouvoirs publics démocratiques. Dans le domaine de la culture, les pouvoirs publics démocratiques auraient donc fait, ou auraient dû faire, de la valorisation même si le mot n'existait pas encore <sup>102</sup>.

Si l'on passe maintenant aux tentatives de définition positive on reprendra la formule de S. Cassese selon laquelle la valorisation concerne la présentation du bien plutôt que le bien lui-même et celle de T. Alibrandi pour qui la valorisation permet d'accroître et d'améliorer les possibilités d'accès à la connaissance des biens culturels <sup>103</sup>.

Mais si l'existence et la nécessité de la valorisation sont reconnues par la doctrine, et par la loi dans une moindre mesure, la question est encore compliquée par le débat sur le caractère autonome ou non de la notion. Les positions sont partagées entre ceux qui estiment que la *tutela* implique la valorisation et donc conceptuellement l'englobe et ceux qui, au contraire, affirment que la valorisation est une finalité autonome de la protection ce qui la distingue de la *tutela*.

Le droit français n'a développé aucune approche organique de la mise en valeur. Comme la jouissance publique, elle ne figure pas parmi les finalités légales de la protection. Face à cette absence de reconnaissance générale on ne peut faire état que de reconnaissances partielles et sectorielles.

En ce qui concerne le régime des opérations, légalement innomées, de valorisation, on peut très vraisemblablement estimer qu'elles sont soumises au régime général des modifications de l'article 9 de la loi de 1913 et qu'à ce titre, elles doivent faire l'objet d'une autorisation préalable.

C'est sans doute la même interprétation qu'il faut donner des statuts de la récente Fondation du patrimoine, personne morale de droit privé créée par l'Etat en 1996 sous la forme juridique d'une fondation dans le but de recueillir des fonds destinés à la protection du patrimoine ni classé ni inscrit <sup>104</sup>. L'article 1 de ses statuts précise certes que « *la Fondation a pour but de promouvoir la connaissance, la conservation et la mise en valeur du patrimoine national* », mais, là encore, rien de plus précis n'est ensuite prévu. Les autres articles des statuts sont entièrement consacrés aux questions financières.

---

<sup>102</sup> GIANNINI (M. S.), "Sull'articolo 9 cost. (la promozione culturale)", *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. III, t.1 *Diritto pubblico (A.-L.)*, Giuffrè, 1991, 433-450.

<sup>103</sup> CASSESE (S.), "I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione", *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, 673-675, 674 ; ALIBRANDI (T.), "Valorizzazione ...", *art. cit.*,

<sup>104</sup> Loi n°96-590 du 2 juillet 1996 relative à la « Fondation du patrimoine », *Rec.* 106.



Le critère discriminant entre la première finalité, la conservation ou la tutela, et les deux autres, la jouissance publique et la valorisation, est, une fois encore, le critère lié aux exigences scientifiques de la protection. La conservation et la *tutela*, même considérées dans leurs acceptions les plus larges, sont les seules interventions uniquement motivées par les exigences scientifiques de la conservation. Les deux autres interventions relèvent, elles, de choix de politiques publiques culturelles. Cette distinction entraîne une traduction juridique capitale : la conservation justifie que des atteintes soient portées au droit de propriété ; la jouissance publique les justifie dans certains cas en Italie et ne les justifie jamais en France ; la mise en valeur ne les justifie jamais ni en France, ni en Italie <sup>105</sup>.

### 3) Les manifestations de l'identification abstraite des finalités de l'intérêt public en matière de biens culturels

Afin de réaliser les finalités prévues, les législateurs français et italien ont mis en place deux catégories de régimes juridiques. La première, qui est à la fois la plus importante et la plus classique, rassemble les différents régimes de police administrative <sup>106</sup>. En général, il y a autant de régimes de police administrative que d'objectifs particuliers (a). La seconde est celle de la reconnaissance de l'intérêt public que peuvent revêtir certaines activités privées dans le domaine des biens culturels et de l'aide publique qui peut leur être apportée (b).

#### a) Les régimes de police administrative

Les régimes de police administrative se traduisent tous en des gammes plus ou moins étendues de servitudes qui limitent le droit normal de propriété et d'usage des biens. Ces servitudes prennent des formes diverse dont la plus répandue est la soumission à autorisation. A cet égard, V. Cerulli Irelli a fait remarquer que les régimes de protection aboutissent à ce que « *certaines ou toutes les transformations structurelles qui concernent ces biens ainsi que certaines utilisations, pour pouvoir être réalisées jure par le propriétaire ou par quiconque ayant droit, doivent être préventivement autorisées par un acte de l'autorité* » <sup>107</sup>. Il parlait certes du cas italien mais sa remarque peut sans difficulté être étendue au cas français. Les autres servitudes sont, entre autres, la possibilité donnée à l'administration d'exécuter des travaux d'office ou d'obliger le propriétaire à les exécuter et la possibilité donnée à l'administration de recourir à un des nombreux instruments d'acquisition d'office. Ces

---

<sup>105</sup> FERRI (P.), "I beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo", *DDPII*, UTET, 1987.

<sup>106</sup> Les *pouvoirs de police administrative* en France sont comparables aux *pouvoirs administratifs* en Italie, cf. le chapitre préliminaire.

<sup>107</sup> CERULLI IRELLI (V.), "Pianificazione urbana e interessi differenziati", *RTDP*, 1985, 386, 425.

servitudes ne font pas l'objet d'une indemnisation, sauf en France dans le cas du classement. L'étude plus détaillée de ces servitudes sera abordée au chapitre 7.

b) La reconnaissance de l'intérêt public de certaines activités privées dans le domaine des biens culturels

Cette reconnaissance, qui sera étudiée plus en détail aux chapitres 7 et 9, n'est pas exercée sous forme de pouvoirs de police administrative mais sous forme d'attribution de subventions et d'exonérations fiscales

**B. L'absence corrélatrice de normes premières provenant d'autres instances que l'Etat**

Tout ce qui a été dit à la section 1 quant à l'absence de concurrence normative en matière d'objet s'applique *mutatis mutandis*, à l'absence de concurrence normative en matière de finalités. La question se pose d'ailleurs encore moins en matière de finalités qu'en matière d'objet puisque la définition de l'objet est un préalable logique à l'exercice des finalités.

En Italie, les seules normes premières qui auraient pu créer une situation de type fédéral étaient les lois régionales que certaines régions à statut spécial étaient compétentes pour adopter en fonction de leur statut. On a vu ci-dessus que seule la Sicile avait adopté une loi régionale en 1977 intitulée normes pour la tutelle, la valorisation et l'usage des biens culturels et environnementaux du territoire de la région sicilienne qui eut pour effet de se substituer à la loi nationale du 1<sup>er</sup> juin 1989 n.1089 <sup>108</sup>. La loi sicilienne accorde une plus grande importance que la loi italienne au thème de la mise en valeur des biens protégés. Elle inverse même l'ordre de priorité retenu dans la loi de 1939. Alors que pour la loi italienne l'objectif de la protection juridique était la protection (*tutela*) et que la mise en valeur n'était que seconde, pour la loi sicilienne la *tutela* n'est que le présupposé qui permet la mise en valeur : « la région sicilienne, afin de valoriser le patrimoine historico-artistique de l'Ile et de développer la plus ample jouissance des biens culturels et environnementaux et de tout autre bien qui constitue témoignage de civilisation assure leur tutelle (...) » (article 1). La loi ajoute que l'utilisation des biens doit « coïncider » avec leur jouissance de la part du public (article 1).

---

<sup>108</sup> Loi régionale du 1<sup>er</sup> août 1977, n.80, reproduite in ALIBRANDI (T.), NATOLI (G.), SILVESTRO (E.), *I beni culturali e ambientali*, op. cit., 113.

## ***§ 2 Le monopole étatique d'identification abstraite et seconde des finalités de la protection***

En général, les lois de protection n'attribuent les normes d'identification abstraite et seconde qu'elles ne définissent pas elles-mêmes qu'à la seule administration d'Etat qui dispose ainsi d'un monopole des normes secondes (A.). Corrélativement, aucune autre attribution n'a été faite en direction d'autres instances (B.).

### **A. Le monopole de l'administration d'Etat en matière de normes secondes**

On ne peut que reprendre ici la distinction qui a été faite à la section précédente entre les règlements d'application des lois (1) et les autres pouvoirs normatifs que ces lois attribuent à l'administration (2).

#### **1) Les règlements d'application des lois**

Ce qu'on a dit à la section précédente en matière d'objet de la protection s'applique ici en matière de finalité de la protection sauf une exception qui concerne le droit français.

#### **a) Les règlements d'application des lois et leurs marges d'autonomie**

Les lois de protection n'attribuent pas aux règlements d'application qu'elles prévoient de marge d'interprétation quant à la définition ou plus exactement quant à la précision de critères légaux liés à la finalité de la protection. La largeur de ces critères légaux n'est ni réduite, ni encadrée par les règlements, elle reste entière.

#### **b) L'exception française du comblement du vide légal en matière de jouissance publique par l'administration et par le juge**

En France, ce sont d'autres règles que des règles issues d'une loi patrimoniale et qui n'ont pas les biens culturels comme objet principal, qui aboutissent, indirectement, à l'existence d'un régime en matière de jouissance publique des biens culturels et particulièrement d'ouverture au public. Encore ce régime ne s'applique-t-il qu'aux seuls biens publics. Tout repose sur l'application aux monuments historiques relevant des collectivités publiques d'une combinaison de règles, anciennes, classiques et jurisprudentielles, relatives au domaine public (qui ouvrent à tout usager la faculté « *d'utiliser les dépendances du*

*domaine public conformément à leur affectation* »)<sup>109</sup> et au service public<sup>110</sup>. Quant à l'ouverture des biens privés aucune disposition ne permet de forcer un propriétaire à organiser des visites, même s'il a reçu des financements publics. Aucune disposition ne permet non plus de seulement l'inciter à ouvrir son bien à la visite du public. En conformité avec la priorité accordée à l'ouverture des biens publics, l'Etat s'est doté d'une structure administrative précisément chargée d'organiser l'accès au public dans ceux des monuments historiques de son domaine qu'il décide d'ouvrir au public. Il s'agit du Centre des monuments nationaux dont les statuts indiquent qu'il a pour but de « *présenter au public les monuments nationaux ainsi que leurs collections, d'en développer la fréquentation et d'en favoriser la connaissance* »<sup>111</sup>.

Des traces de reconnaissance juridique de la finalité de jouissance publique apparaissent dans les attributions de certaines structures administratives ou para-administratives compétentes. Mais elles sont plus ténues encore. Ainsi la direction de l'architecture et du patrimoine du ministère de la culture a-t-elle pour mission « (...) 2. *De recenser, étudier, protéger, conserver et faire connaître le patrimoine archéologique, architectural, urbain, ethnologique, photographique et les richesses artistiques de la France* »<sup>112</sup>. Cependant, cette reconnaissance est ambiguë. Elle semble avoir d'autres destinataires (intervenants publics ou privés pouvant avoir à faire à des éléments peu ou mal connus du patrimoine : collectivités locales, aménageurs ...), que le public en général. En ce sens, elle relève plus de la conservation que d'une très hypothétique mise à disposition du

---

<sup>109</sup> « Si le directeur général des Beaux-Arts pouvait, en vue de faire respecter l'affectation des dépendances du domaine public dont il a la charge, prendre à l'égard des usagers les mesures nécessaires pour prévenir toute atteinte à la conservation de ces ouvrages, il lui incombait de concilier l'exercice de ce pouvoir avec le respect de la faculté qu'a tout usager d'utiliser les dépendances du domaine public conformément à leur affectation », CE, 18 novembre 1949, Carlier, RDP, 1950, 173 avec concl. F. Gazier et note M. Waline.

<sup>110</sup> « L'exploitation ou la mise en valeur par une collectivité publique d'un monument (...) dans un but culturel (...), revêt le caractère d'un service public », concl. Mayras sur CE, Ass., 11 mai 1959, *Sieur Dauphin*, D., 1959, 314, JCP, 1959, J, 11269 avec note J. de Lanversin ; et de manière plus explicite encore « considérant que le château de Bonaguil, acquis par la commune de Fumel en 1860 a été ouvert aux visites du public et ainsi affecté à un service public de caractère culturel, en vue duquel il a été spécialement aménagé ; qu'il appartient par suite au domaine public de la commune (...) », CE, 11 mai 1977, *Demoiselle Costes*, DA, 487. En conséquence « les restrictions ou inégalités d'accès, de tarif ou de traitement ne peuvent reposer que sur des nécessités inhérentes à l'objet du service, à la bonne conservation des biens, à l'appartenance des usagers à des catégories objectivement distinctes à l'égard du service », PONTIER (J.-M.), RICCI (J.-C.), BOURDON (J.), op. cit., 360.

<sup>111</sup> Article 1 du décret modifié n°95-462 du 26 avril 1995. Anciennement dénommé *Caisse nationale des monuments historiques et des sites*, créée en 1914, le Centre est un établissement public, à l'origine administratif mais présentant de plus en plus de caractères industriels et commerciaux, sous tutelle du ministère de la culture. Les statuts et les compétences de ce centre ont fait l'objet du décret no 95-462 du 26 avril 1995 modifié par le décret no 2000-357 du 21 avril 2000, JORF, n°98 du 26 avril 2000, 6314.

<sup>112</sup> Décret n°98-840 du 21 septembre 1998, portant création d'une direction de l'architecture et du patrimoine au ministère de la culture et de la communication, JORF, 22 septembre 1998.

public. D'ailleurs l'expression « *faire connaître* », bien vague, n'est jamais mieux précisée dans les arrêtés d'application du décret.

## 2) Les autres normes secondes

Les grandes lois nationales de protection du patrimoine attribuent toujours au plus haut niveau hiérarchique des administrations d'Etat le pouvoir d'adopter des actes administratifs de portée normative. C'est surtout dans le domaine des protections étendues à des zones et non pas limitées à des monuments ou à des biens précis et ponctuels que les lois françaises et italiennes attribuent des pouvoirs normatifs à l'administration lui permettant de créer les régimes applicables à certaines situations en fonction des critères qu'elles indiquent <sup>113</sup>.

En France, jusque dans les années 1980, les lois de protection avaient mis en place trois régimes administratifs de protection. Ces trois régimes devaient non seulement être adoptés par le ministre compétent mais en plus ils devaient l'être, pour la plupart, selon la procédure renforcée du décret en Conseil d'Etat, symbole par excellence de l'Etat central normatif, qui fait du Conseil d'Etat le co-auteur du décret puisque sa consultation est obligatoire et que l'avis qu'il rend l'est également.

Le plus ancien, issu de l'article 17 de la loi du 30 mai 1930 sur la protection des monuments naturels et des sites donnait la possibilité au ministre des affaires culturelles de créer, « *autour des monuments naturels et de sites (...) une zone de protection* » qui pouvait servir à protéger des zones urbaines entières <sup>114</sup>. Le projet était instruit par le préfet. Il devait comporter « *le plan des parcelles constituant la zone à protéger avec indication des prescriptions à imposer pour assurer cette protection* ». Les communes concernées étaient consultées, comme d'ailleurs toutes les personnes intéressées, mais l'administration n'avait aucune obligation de tenir compte de leur avis. La protection devait ensuite être déclarée d'intérêt général par décret en Conseil d'Etat. Le mécanisme ne connut qu'assez peu d'applications. Une importante réforme introduite par la loi du 7 janvier 1983 et dont il sera question au chapitre 6 interdira la création de nouvelles zones (les anciennes continuant à produire leurs effets) et créera un autre instrument, les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager.

---

<sup>113</sup> Les lois-mesures italiennes remettent également le pouvoir de créer des régime particuliers de protection à l'administration centrale comme c'est le cas de la loi italienne sur la Vallées des Temples L'article 2 bis de cette loi déclarait la Vallée des Temples « *zone archéologique d'intérêt national* » et remettait à un décret du ministre de l'instruction publique le soin de déterminer le périmètre de la zone, les prescriptions d'utilisation des terrains et les servitudes d'insconstructibilité à l'intérieur de cette zone.

<sup>114</sup> CE, S., 8 juillet 1977, *Dame Rie, Association pour la sauvegarde et le développement de Talmont et autres*, R.J.E. 1977, 396-406, avec les conclusion M. Gentot. « *Par la généralité de leurs termes les dispositions de l'article 17 (de la loi du 2 mai 1930) confèrent au gouvernement le pouvoir de fixer de manière permanente toutes les prescriptions qu'il estime nécessaires à la protection d'un site* ».

Le deuxième régime administratif est le secteur sauvegardé. En 1962 une loi permettant la protection des quartiers anciens avait été adoptée sous l'influence du ministre des affaires culturelles A. Malraux : la loi du 2 août 1962 sur les secteurs sauvegardés. Selon l'article L.313-1 du code de l'urbanisme dans lequel la loi de 1962 a été fondue, « *des secteurs dits "secteurs sauvegardés"* » peuvent être créés sur des zones présentant « *un caractère historique, esthétique ou de nature à justifier la conservation, la restauration et la mise en valeur de tout ou partie d'un ensemble d'immeubles -/-* » <sup>115</sup>. Cette loi introduit une nouveauté procédurale. Pour la première fois l'avis que les communes concernées sont invitées à rendre sur l'adoption d'une mesure de protection pèse d'un certain poids. L'article 313-1 du code de l'urbanisme prévoit en effet que si l'avis est favorable, le secteur sauvegardé peut être créé par simple arrêté des autorités compétentes mais que si l'avis est défavorable les autorités compétentes doivent recourir à un texte plus solennel, le décret en Conseil d'Etat. Ce qui change n'est donc pas qu'il n'est plus possible de passer outre à l'avis d'une collectivité territoriale mais que l'avis négatif de cette collectivité doit être pris en compte et qu'il a un coût en matière de procédure d'adoption. Mais l'Etat maintient son monopole car le dernier mot lui est réservé. L'article R. 313-1 du code de l'urbanisme a précisé que les autorités compétentes pour créer et délimiter les secteurs sauvegardés sont le ministre chargé de l'urbanisme et le ministre chargé de l'architecture par voie d'arrêté conjoint.

Le troisième régime administratif est le classement d'office. C'est un acte prévu par la loi de 1913 par lequel le ministre peut procéder au classement d'un bien sans le consentement du propriétaire. On le compte parmi les actes normatifs de l'administration car l'article 5 alinéa 1 de la loi de 1913 prévoit « *qu'à défaut de consentement du propriétaire, le classement est prononcé par un décret en Conseil d'Etat qui détermine les conditions de classement et notamment les servitudes et obligations qui en découlent* ». L'administration est donc compétente pour créer des régimes juridiques *ad hoc* et non pas pour simplement faire appliquer à un cas particulier un régime légal qui ne serait pas modifié.

En droit italien il existe deux régimes administratifs. Les deux relèvent de la compétence du ministre chargé des biens culturels.

Le premier, et le plus important, consiste en la détermination du régime des « abords » des biens immeubles protégés (le texte unique italien parle à cet égard de prescription de

---

<sup>115</sup> « -/- Dans les secteurs sauvegardés, il est établi un plan de sauvegarde et de mise en valeur (...). Le plan comporte notamment l'indication des immeubles ou parcelles d'immeubles dont la démolition, l'enlèvement, la modification et l'altération sont interdits, ainsi que l'indication des immeubles ou parties d'immeubles dont la démolition ou la modification pourra être imposée par l'autorité administrative à l'occasion d'opérations d'aménagement publiques ou privées ».

protection indirecte (*prescrizioni di tutela indiretta*). Ces prescriptions, qui ne sont pas automatiques, sont arrêtées par le ministre selon les critères d'encadrement fixés par l'article 21 de la loi de 1939 (article 49 alinéa 1 du texte unique) mais existaient déjà dans la loi de 1909. Le ministre, qui agit de lui-même ou sur proposition du surintendant, dispose de la faculté de « *prescrire les distances, les mesures et les autres normes ayant pour but d'éviter que soit mise en danger l'intégrité des choses immobilières sujettes aux dispositions de ce titre, qu'en soit endommagé la perspective ou la lumière ou qu'en soient altérées les conditions d'environnement et de décor* ».

Le texte unique attribue un second pouvoir normatif à l'administration d'Etat. Il s'agit de la délimitation des « (...) *zones ayant valeur archéologique, historique, artistique et environnementale dans lesquelles l'exercice du commerce prévu par la loi du 28 mars 1991 n. 112 (celui de la restauration rapide) n'est pas consenti ou est consenti seulement avec les limitations particulières* » (article 53 alinéa 1 du texte unique). Toutefois dans ce cas c'est le surintendant qui est l'organe d'Etat compétent pour délimiter ces zones et non le ministre.

On doit cependant noter que ces deux régimes sont créés par des actes administratifs généraux qui ne s'analysent pas exactement comme de véritables actes normatifs mais comme des actes qui appliquent avec plus ou moins de pouvoir discrétionnaire des normes supérieures à des situations concrètes dans lesquelles les destinataires sont indéterminés au moment de l'adoption de l'acte mais déterminables lors de son exécution, les règlements s'appliquant eux à des destinataires ni déterminés ni déterminables <sup>116</sup>.

## **B. Absence corrélatrice de normes secondes provenant d'autres instances que l'Etat**

Cette absence découle de ce qui a été dit précédemment. A notre connaissance l'exclusivité normative de l'Etat ne souffre aucune exception.

---

<sup>116</sup> Cette catégorie d'actes se rapproche de la catégorie française des décisions d'espèce. Ces deux catégories partagent le même souci de désigner les actes administratifs à mi-chemin entre la décision et le règlement mais elles ne se recoupent pas complètement. En France, les décisions d'espèce ne font qu'appliquer à un cas particulier une réglementation préalable qui n'est pas modifiée (CHAPUS (R.), *Droit administratif*, t.1, 15<sup>e</sup> ed., 2001, 530). Précisément, les décisions de classement et d'inscription des monuments historiques sont des décisions d'espèce

## Conclusion du chapitre

Jusque dans les années 1980 l'Etat dispose sans contexte d'un monopole d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels qu'il s'agisse de l'identification abstraite première (la loi) ou de l'identification seconde (le règlement ou l'acte administratif normatif), de l'identification abstraite de l'objet de la protection ou des finalités et des régimes de la protection.

Toutefois les identifications auxquelles il procède, les normes qu'il pose en la matière, sont particulièrement étendues voire vagues. B. Knapp concluait une étude comparée des droits publics internes européens en matière de protection des biens culturels en estimant que « *(L)a définition des biens culturels dans la législation était remarquable par son imprécision* »<sup>117</sup>.

Aussi, en parallèle à son monopole normatif, l'Etat a-t-il cherché à s'assurer un monopole d'encadrement de la détermination concrète de l'intérêt public.

---

<sup>117</sup> KNAPP (B.), "Rapport général. Droit public interne", in *Travaux de l'association H. Capitant des amis de la culture juridique française, La protection des biens culturels (Journées polonaises)*, Tome XL, Economica, 1989, 315-338, 322-323.



## CHAPITRE 2 LE MONOPOLE ETATIQUE D'ENCADREMENT DE LA DETERMINATION CONCRETE DE L'INTERET PUBLIC EN MATIERE DE BIENS CULTURELS

Ce qu'on veut démontrer dans ce chapitre c'est que les vides ou plutôt les zones grises que les lois nationales ont créés en ne posant que des critères très généraux (presque vagues tellement ils sont généraux) se sont très vite transformés en espaces "normatisables". Les critères posés par les lois ne sont en effet assez précis ni pour déterminer ni même pour encadrer l'action de l'administration. Les critères posés par les normes secondaires, en fonction de ce que les lois ont prévu et lorsqu'ils existent, ne sont pas assez précis non plus. Et l'administration, placée devant la nécessité d'adapter ces critères trop généraux aux réalités concrètes, en d'autres termes, de les rendre opérationnels devra les affiner afin de leur donner les qualités opératoires qu'elle juge nécessaires. Elle devra élaborer des filtres entre la réalité et la norme. En agissant de la sorte, elle ne pose pas des normes à proprement parler mais s'empare, par nécessité, de toute une frange de pouvoir qu'on définit ici faute de mieux comme un pouvoir de nature quasi normative.

Ce faisant, l'administration d'Etat, seule chargée d'appliquer les normes légales et réglementaires, c'est-à-dire de déterminer concrètement l'intérêt public en cause (cf. chapitres 7 et 8), exerce sans peine un monopole - immédiat - de l'encadrement de la détermination concrète des biens culturels (section 1).

Mais l'administration d'Etat conserve-t-elle encore ce pouvoir d'encadrement lorsque la compétence d'application des normes (de détermination concrète de l'intérêt public) n'est plus exercée par elle mais par une autre administration ? On va constater que même dans ces cas, assez rares dans l'arc temporel retenu pour ce titre (qui va, rappelons-le, des origines que sont les premières grandes lois nationales, à la seconde moitié des années 1980), l'administration d'Etat, et plus précisément l'administration centrale d'Etat parvient encore à encadrer ce pouvoir même s'il est exercé par des instances différentes d'elle, d'où une situation de monopole médiat (section 2).

Certaines précisions préalables sont toutefois nécessaires. Tout d'abord l'encadrement du pouvoir de détermination concrète de l'intérêt public s'exerce évidemment aussi bien vis-à-vis des actes de détermination concrète relatifs à l'objet de la protection que vis-à-vis des actes de détermination concrète relatifs aux finalités de la

protection. Sans organiser le plan du chapitre autour de cette distinction (comme précédemment) les exemples qui illustrent les développements qui suivent ont indifféremment trait à l'objet ou à la finalité de la protection. Ensuite, il faut rappeler que les lois de protection confèrent un très large pouvoir discrétionnaire à l'administration chargée de les mettre en œuvre comme on l'a vu au chapitre précédent.

En ce qui concerne la France, ce pouvoir discrétionnaire est indéniable. Un des commentateurs les plus autorisés de la loi de 1913, P. Dussau, n'hésite pas à déclarer que « (...) *en dépit des apparences la loi de 1913 n'apporte absolument aucune limitation à la liberté de décision de l'administration* »<sup>1</sup>. Enfin B. Knapp, après une étude comparée de nombreuses lois nationales (dont la loi française), tirait, dans son rapport général aux journées de travail que l'association H. Capitant consacra en 1987 au droit des biens culturels, la conclusion selon laquelle « *les définitions (des biens culturels) font appel à des notions complètement imprécises laissant à l'autorité une très large marge d'appréciation* »<sup>2</sup>.

En ce qui concerne l'Italie, la situation est beaucoup moins tranchée. On a vu au chapitre précédent que la localisation de l'intérêt public dans les choses a pour conséquence de réduire et même de nier toute marge de pouvoir discrétionnaire à l'administration, celle-ci ne pouvant que se borner à dire si un bien donné présente ou non l'intérêt légal. Cette circonstance ne paraît toutefois pas constituer un véritable obstacle à la comparaison pour deux raisons. Premièrement, dans la pratique concrète l'administration se repose tout de même sur une certaine forme, incompressible, de pouvoir discrétionnaire. D'ailleurs la critique de l'absence de pouvoir discrétionnaire d'abord exprimée par G. Piva dès 1962<sup>3</sup>, est de plus en plus vive dans la doctrine contemporaine<sup>4</sup>. Nous y reviendrons dans la seconde partie. Deuxièmement, dans deux cas la loi reconnaît à l'administration un pouvoir discrétionnaire indiscutable : celui de la protection des collections (article 2, alinéa 2, lettre c, du texte unique) et celui de la protection des biens qui sans présenter un intérêt artistique, historique, archéologique ou démo-tehno-anthropologique, présentent un intérêt dans leur rapport à des événements historiques ou

---

<sup>1</sup> DUSSAU (P.), *La loi et le service des monuments historiques. Analyse et commentaire*, La Documentation française, 1974, 7.

<sup>2</sup> KNAPP (B.), "Rapport général. Droit public interne", in *Travaux de l'association H. Capitant des amis de la culture juridique française, La protection des biens culturels (Journées polonaises)*, Tome XL, Economica, 1989, 315-338, 322-323.

<sup>3</sup> PIVA (G.), "Cose d'arte", in *Enc. Dir.*, Milano, 1962.

<sup>4</sup> MARZUOLI (C.), "Commento agli articoli 85, 86, 87, 88, 89 e 90" in CAMMELLI (M.), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, 2000, il Mulino, 285-303.

culturels (article 2, alinéa 2, lettre b du texte unique). On verra plus loin que l'administration ne dédaigne pas se servir du pouvoir discrétionnaire que la loi met à sa disposition et qu'elle s'en sert même intensément.

## **Section 1 Le monopole immédiat de l'administration centrale d'Etat lorsqu'elle encadre son propre pouvoir de détermination concrète**

Avant les réformes qui interviennent à partir de la fin des années 1980, la situation dans laquelle se trouvaient les administrations chargées des biens culturels était une situation de concentration maximale. Le pouvoir de décision relevait de la seule administration centrale, du ministre. Le monopole d'encadrement par l'administration centrale d'Etat de son propre pouvoir de détermination concrète était donc évident. Cet encadrement va s'effectuer sous deux formes. L'une va chercher à préciser les critères légaux (et le cas échéant les critères réglementaires), afin de les rendre opératoires, mais sans les dépasser (§ 1). L'autre en revanche, ne va pas hésiter à aller au-delà (§ 2).

### ***§ 1 L'encadrement de la détermination concrète dans le respect des critères légaux***

L'exercice d'un pouvoir quasi normatif par l'administration d'Etat dans le respect des critères légaux prend deux formes. La première est celle, classique, de la recherche de critères d'application des critères légaux et réglementaires (A.). La seconde est celle, non moins classique, de l'élaboration de directives (B.).

#### **A. La recherche de critères d'application des normes légales**

Après avoir vu comment les critères d'action en matière de protection sont difficilement élaborés (1) on prendra l'exemple des critères relatifs à la protection de l'architecture contemporaine (2).

##### **1) La difficile élaboration de critères d'action**

En France comme en Italie, l'administration chargée des biens culturels a toujours été à la recherche de critères d'action plus précis que ceux indiqués par les lois de

protection. C'est d'ailleurs une nécessité car comme le rappelle J.P. Bady « (...) *une méthode trop empirique risque de favoriser une 'inflation désordonnée' du parc des monuments historiques* » <sup>5</sup>.

Très tôt, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, les administrations des deux pays ont voulu mettre en place et fonder leur action sur des critères rationnels et scientifiques <sup>6</sup>. En France, J.-P. Babelon et A. Chastel désignent le *fait scientifique* comme celui qui concourt à établir précisément la notion de patrimoine <sup>7</sup>. En Italie, l'historien de l'art C. G. Argan a déclaré avec force que ce qui définissait le bien culturel c'était qu'il était « *objet de connaissance scientifique* » <sup>8</sup>. L'histoire de la recherche de ces critères a été retracée <sup>9</sup> et on ne peut, ici, que citer les deux principaux exemples de réalisation dans lesquels s'est incarnée cette démarche scientifique : l'inventaire et la restauration.

Les deux pays mirent en oeuvre de très grands chantiers afin d'inventorier (*catalogare*) leurs patrimoines respectifs. L'ambition était novatrice car il s'agissait de remplacer la logique de l'urgence, de l'intervention *a posteriori*, par une logique de la connaissance *a priori* permettant d'établir des priorités d'intervention. A. Chastel, père de l'inventaire moderne français, déclarait chercher « *une information totale et profonde (et pour cela mettre en œuvre) une volonté qui n'est pas celle de la résistance passive et désolée mais de la connaissance* » <sup>10</sup>.

La tâche, de très longue haleine, s'enlisa souvent ; les premiers résultats furent minimes et décevants ; les listes réalisées sont souvent à refaire en fonction de l'élargissement du champ de l'intérêt. Mais l'Etat reprend toujours le travail arrêté ou ralenti, établit de nouveaux critères, de nouvelles fiches-types, de nouveaux supports, magnétiques ou informatiques, le tout avec un soin jaloux.

En Italie, après la réorganisation des services chargés du *catalogo* par un décret de 1923 la supervision scientifique du travail est confiée dans les années 1930, à un éminent

---

<sup>5</sup> BADY (J.P.), *Les monuments historiques en France*, PUF, 1989, 2<sup>e</sup>, 123.

<sup>6</sup> L'architecte Viollet-le-Duc fut sans doute le premier en France à développer une approche scientifique du monument. L'objectif qu'il poursuivait, la recherche et le classement des styles « purs », ainsi que certaines des conséquences auxquelles il est parvenu, comme la reconstruction préférée à la restauration, ont été discutées, parfois rejetées. Il n'en demeure pas moins, comme l'a montré l'historien de l'art H. Damisch, qu'en ayant cherché à comprendre la structure mécanique et logique de la construction, comme lieu d'élaboration du style, et non pas à la copier, il fonda épistémologiquement et méthodologiquement une science du monument (DAMISH (H.), « Introduction » in VIOUET-LE-DUC (E.), *L'architecture raisonnée*, réed., Paris, 1964).

<sup>7</sup> BABELON (J.-P.) et CHASTEL (A.), *La notion de patrimoine*, op. cit., 105.

<sup>8</sup> ARGAN (C.G.), "Il Governo dei Beni Culturali", febbraio 1975, 189-191

<sup>9</sup> Pour la France, BERCE (F.), *Des Monuments historiques au Patrimoine du XVIII<sup>e</sup> siècle à nos jours ou les « égarements du cœur et de l'esprit »*, Flammarion, 2000.

<sup>10</sup> CHASTEL (A.), "L'inventaire général et le patrimoine" in *Les monuments historiques demain*, 1987, 14.

historien de l'art, Roberto Longhi <sup>11</sup>. Grâce à ce dernier, qui prône la connexion des milieux scientifiques et des spécialistes, les styles postérieurs à la renaissance (le baroque, le maniérisme, ...) qui jusqu'alors n'étaient pas pris en compte car ils ne faisaient pas partie du champ de recherche de l'histoire de l'art, sont inclus parmi les objectifs et donc dans le ratissage de l'inventaire. En France, l'inventaire est prévu par la loi de 1913 mais très vite, à partir de 1927, les biens inventoriés font l'objet d'une forme de protection mineure par rapport au classement : l'inscription sur l'inventaire. Il en est résulté une certaine confusion. L'inventaire *stricto sensu*, c'est-à-dire qui n'entraîne pas de conséquence juridique, se poursuit avec le *Casier archéologique* dressé dans les années 20, 30 et 40.

Une impulsion essentielle est donnée dans les années 1960 au moment où le risque de dommages ou mêmes de destructions massives (urbanisation, pollution, ...) rend encore plus pressant l'impératif du *connaître pour protéger*. En France, le gouvernement créé en 1964, sur le rapport d'A. Chastel et avec l'appui d'A. Malraux, alors ministre des affaires culturelles, une structure administrative *ad hoc*, une commission nationale chargée de préparer l'Inventaire général des monuments et richesses artistiques de la France, avec pour objectif de « *recenser, étudier et faire connaître toute œuvre qui du fait de son caractère artistique, historique ou archéologique constitue un élément du patrimoine national* » <sup>12</sup>. L'Italie n'est pas en reste avec la mise sur pied en 1969 d'une structure équivalente, l'Institut central du catalogue et de la documentation. Mais entre les deux pays les objectifs divergent quelque peu. L'Italie approfondit toujours la méthode de l'inventaire, des cours universitaires lui sont consacrés, et choisit de parer au plus urgent en concentrant ses moyens sur l'élaboration d'une carte du risque, achevée en 1998 sous l'impulsion de G. Urbani, qui recense, zone pertinente par zone pertinente, tous les dangers tant naturels (secousses sismiques, inondations) qu'humains (extensions urbaines, pollution) courus par les biens culturels. En pratique, les fiches sont réalisées par des étudiants en histoire de l'art sous le contrôle des surintendances, c'est-à-dire de l'Etat. De son côté, la France s'orienta vers une véritable opération de recensement du territoire opérée canton par canton, avec lenteur mais opiniâtreté <sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Décret royal du 31 décembre 1923, n.1889, *catalogue des monuments et oeuvres d'art d'intérêt historique, artistique et archéologique*.

<sup>12</sup> TOULIER (B.), "Les arpenteurs du patrimoine", ainsi que les contributions de I. Balsamo, G. Ernisse, J.M. Leniaud in NORA (P.) sous la direction de, *Science et conscience du patrimoine. Actes des entretiens du Patrimoine*, Théâtre national de Chaillot, novembre 1994, Editions du patrimoine, Fayard, 1997, 147-155.

<sup>13</sup> Toutefois, ni en France, ni en Italie, l'Etat ne dispose du monopole de la réalisation de l'inventaire, rare secteur non verrouillé par les lois mères ou leurs modifications successives. Mais l'évidence et la légitimité du rôle de l'Etat dans ce

Dans le domaine de la restauration, l'Italie a longtemps fait preuve d'une avance certaine sur la France comme sur bien d'autres pays, avance qu'elle conserve même peut-être encore de nos jours. En 1938 à l'occasion d'un Congrès des surintendants C.G. Argan soulignait une évolution fondamentale dans la conduite de la restauration : la restauration scientifique moderne ne doit plus être effectuée par des artistes mais par des techniciens spécialisés qui connaissent aussi bien la chimie que l'histoire de l'art. *« La restauration des oeuvres d'art fait aujourd'hui l'objet d'un consensus en tant qu'activité rigoureusement scientifique et précisément en tant que recherche philologique ayant pour but de retrouver et de remettre en évidence le texte original de l'œuvre, en éliminant les altérations et les ajouts de tout genre afin de permettre une lecture claire et historiquement exacte de ce texte. En cohérence avec ce principe, la restauration, qui à une époque était principalement réalisée par des artistes qui souvent ajoutaient une interprétation personnelle à la vision de l'artiste d'origine, est aujourd'hui exercée par des techniciens spécialisés, continuellement jugés et contrôlés par des experts : à une compétence génétiquement artistique a été ainsi substituée une compétence rigoureusement historicisée et technique »* <sup>14</sup>. C'est en 1939 qu'est créé l'Institut royal central de la restauration, organe d'Etat par excellence, qui recueille la synthèse d'une expérience pluriséculaire. Son créateur et directeur pendant 30 ans, Cesare Brandi expliquait lors de l'inauguration que l'Institut devait répondre à trois exigences fondamentales : *« assurer à l'exécution de la restauration des oeuvres d'art tous les moyens de la science moderne ; développer et intensifier les recherches sur les méthodes de restauration et sur les matières autarciques à utiliser ; former graduellement un groupe de restaurateurs qui garantisse la diffusion des méthodes scientifiques élaborées par l'Institut »* <sup>15</sup>.

Mais dans les deux pays l'élaboration d'une démarche scientifique relative au phénomène patrimonial fut longue et difficile. En France, elle souffrit d'une querelle qui opposa deux professions et partant deux écoles : les architectes et les archéologues. En résumant, les architectes, à la suite de Viollet-le-Duc, considéraient que le monument dont

---

domaine ont été si fortes que ce n'est que dans les années 1980 en Italie et dans les années 1990 en France que des collectivités locales ont osé se lancer dans la réalisation d'inventaires régionaux. Certains sont de très bonne qualité, comme ceux réalisés par la région d'Emilie Romagne ou par le département des Hauts de Seine. Le texte unique de 1999 a précisé le cadre juridique de la catalogation en Italie (article 16). La tâche d'élaborer les critères de la catalogation est attribuée à l'Etat, les régions ne peuvent tout au plus qu'y coopérer.

<sup>14</sup> Cité par C. Brandi, "Argan e il restauro", in BRANDI (C.), *Il restauro. Teoria e pratica*, op. cit., 63-68, 63-64.

<sup>15</sup> BRANDI (C.), "L'inaugurazione del Regio istituto centrale del restauro", in BRANDI (C.), *Il restauro. Teoria e pratica* op. cit., 69-72, 69.

on leur confiait la charge devait être restauré, c'est-à-dire rendu à un état qui avait été le sien dans le passé ou même « rendu » à un état qui avait été seulement celui projeté par ses constructeurs. Les archéologues estimaient, au contraire, que toute intervention sur un monument qui n'était pas dictée par la nécessité (consolidation, entretien, maintien en l'état) était un anachronisme. La constitution d'une méthode, pourtant voulue par tous, mais à partir de prémices respectives trop éloignées les unes des autres, fut retardée <sup>16</sup>. Le retard était tel que les règles de sélection des monuments « *n'étaient pas dictées par les critères de l'érudition, mais par les impératifs pragmatiques et économiques d'une politique de conservation et de protection* » <sup>17</sup>. Moins pessimiste A. Chastel dira qu'il s'agissait d'une époque où « *l'intuition fleurissait sur la méthode* » <sup>18</sup>.

En Italie, l'élaboration d'une démarche scientifique devait composer avec le pré-supposé esthétique sur lequel reposait, en partie, la loi de 1939. Cette composition masquait en fait un choc entre deux épistémologies, celle que suppose l'esthétique (des choses) et celle que suppose la science (de la conservation des choses).

D'ailleurs, ce n'est ni en Italie, ni en France qu'ont été élaborés les premiers critères scientifiques modernes du patrimoine, mais dans l'Autriche-Hongrie impériale. C'est en cherchant à mettre en place des directives d'action concrètes pour l'administration compétente que A. Riegl, président de la commission des monuments historiques, historien d'art et conservateur, publie en 1903 à Vienne *Le culte moderne des monuments. Son essence et sa genèse*. Dans ce livre qui va servir d'introduction à la loi autrichienne de protection de 1904, Riegl développe la thèse selon laquelle les monuments sont le support de plusieurs valeurs : d'une part, les valeurs de remémoration (liées au passé) comme la valeur de souvenir, la valeur pour l'histoire et pour l'histoire de l'art, la valeur d'ancienneté ; d'autre part, les valeurs de contemporanéité comme la valeur d'art et la valeur d'usage. Ces valeurs peuvent entrer en conflit entre elles. Tout le travail de l'administration responsable va donc consister, sur un bien donné, à identifier des valeurs en présence et, si nécessaire, à intervenir. Mais cette intervention, qui doit tenir compte de

---

<sup>16</sup> Des échos de cet affrontement sont encore perceptibles in LABLAUDE (P.-A.), "La restauration : science ou pratique ?" in NORA (P.) sous la direction de, *Science et conscience du patrimoine. Actes des entretiens du Patrimoine, op. cit.*, 203-212.

<sup>17</sup> CHOAY (F.), *L'allégorie du patrimoine, op. cit.*, 114.

<sup>18</sup> CHASTEL (A.), "L'inventaire général et le patrimoine", *art. cit.*

toutes les valeurs identifiées, ne peut être que relative. C'est en fin de compte une approche de type légal-rationnel que Riegl propose aux services responsables <sup>19</sup>.

2) L'exemple de l'élaboration de critères de protection de l'architecture contemporaine en France.

Progressivement et en rencontrant beaucoup de difficultés, des critères de protection ont été élaborés sur une longue période par les administrations spécialisées. Dans le domaine de la protection des biens architecturaux (qui constituent la majorité du patrimoine protégé), M. Parent a montré que les critères, permettant la sélection de ces biens, fruits de l'empirisme et de la rationalité conjugués, ont été élaborés à partir des valeurs sur lesquelles reposait l'architecture traditionnelle. M. Parent appelle architecture traditionnelle « *toute la production qui va de la naissance de l'architecture jusqu'au moment variable dans le monde selon les lieux, où elle a précisément été immergée, plus tardivement que toute autre production sociale d'ailleurs, mais non moins drastiquement, dans la société industrielle en tant que production comme en tant qu'usage. En dépit de la diversité des cultures qu'expriment les diverses architectures traditionnelles échelonnées dans le temps et réparties dans l'espace, il existe des caractères communs à toutes celles-ci : ce sont eux qui ont précisément permis d'utiliser sans difficulté le même concept d'architecture au cours des âges, et aussi au XX<sup>e</sup> siècle celui de monument historique (d'abord à propos d'ouvrages antiques et médiévaux et, ensuite, de ceux de l'époque classique)* » <sup>20</sup>. L'architecture contemporaine est en rupture sur de nombreux points avec les valeurs de l'architecture traditionnelle qui sont l'enracinement, la pérennité et l'intégration des passés successifs. Les ruptures sont d'une part techniques car l'architecture contemporaine rend possible la fabrication en série et permet la construction d'ensembles et non plus seulement d'édifices, et d'autre part formelles car elle substitue « *aux volumes, surfaces et lignes 'comblées' de signes, des volumes, des surfaces et des lignes dont la puissance expressive est celle de leur propre pureté (...). Pureté trouvant son*

---

<sup>19</sup> Sur ce point v. MARTIN (F.-R.), "Le « polythéisme des valeurs » et la bureaucratie dans le culte moderne des monuments. Aloïs Riegl et Max Weber", in POULOT (D.) (S. la dir.), *Patrimoine et modernité*, L'Harmattan, 1998, 71-88.) Ce n'est que très tardivement, au début des années 1980 que Riegl sera traduit et connu en France et en Italie. Pour la France v. la traduction de D. Wiczorek, *Le Seuil*, 1984 pour l'Italie SCHARROCHIA (S.), *Studi su Alois Riegl*, Bologna, 1986 et SCHARROCHIA (S.), a cura di, *Alois Riegl : teoria e prassi della conservazione dei monumenti : antologia di scritti, discorsi, rapporti 1898-1905*, Bologna, 1995

<sup>20</sup> PARENT (M.), "Architecture contemporaine et patrimoine architectural", in *Les enjeux du patrimoine architectural du XX<sup>e</sup> siècle*, 1988, 111.



*origine dans les seules contraintes et simultanément l'enivrante liberté que procure le recours aux calculs de la statique et de la dynamique »* 21.

Néanmoins, malgré toutes ces incertitudes, B. Foucart avait insisté sur le fait que l'architecture contemporaine « *appelait une protection* » et que « *bien nous ne sachions pas très bien comment faire, il fallait dès à présent et plus que jusqu'à présent s'engager dans ce grand et long effort* » 22.

Face à cet objet nouveau, l'attitude des experts de l'administration d'Etat française a été double.

La première voie suivie fut celle de la passivité et de l'immobilisme. Sans nier le phénomène nouveau, l'administration chercha à éviter de le prendre en compte. B. Foucart a dressé la liste de tous les arguments qui ont été avancés pour éviter d'avoir à se prononcer. L'administration a tout d'abord mis en avant le respect de la règle non écrite de la « *mort attendue* » qui voulait qu'on ne protégât pas un édifice dont l'architecte n'était pas décédé. Elle a ensuite fait preuve d'une exigence de qualité vis-à-vis des oeuvres de l'architecture contemporaine beaucoup plus élevée que celle dont elle faisait preuve vis-à-vis de bâtiments plus anciens. Elle a aussi choisi (du moins au début) des édifices construits durant le "XX<sup>e</sup> siècle historique", c'est-à-dire avant ou juste après la première guerre mondiale, comme le théâtre des Champs-Élysées construit en 1910 par A. Perret. Elle a de même souvent mis en avant les coûts probables de restauration et les lacunes techniques (on sait mal restaurer le béton).

Mais le dernier argument évoqué est pour nous le plus important. L'administration a en effet également justifié sa timidité par l'inadaptation des critères légaux posés par la loi de 1913 et a plusieurs fois fait la demande d'une législation *ad hoc*. Lors de la réunion du 21 février 1949, celle où est suggérée la protection du théâtre des Champs-Élysées, la Commission supérieure des monuments historiques reconnaît qu'il « *est difficile d'appliquer ici les dispositions de la législation actuelle sur les monuments historiques* » et émet le vœu « *qu'une étude soit faite en vue de rechercher le moyen de protéger des oeuvres modernes* ». Lors de sa réunion du 25 juillet 1964 elle exprime le même souhait en présence du ministre des affaires culturelles, A. Malraux 23. Enfin, le grand colloque organisé en 1987 à l'initiative du ministre de la culture de l'époque, F. Léotard, et consacré

---

21 *Ibid.*, 113.

22 FOU CART (B.), "Historique sommaire de la politique des protections du XX<sup>e</sup> siècle", in *Les enjeux du patrimoine architectural du XX<sup>e</sup> siècle*, 1988, 9-14, 13.

23 Les procès-verbaux de ces réunions sont cités *id.*

aux *Enjeux du patrimoine architectural du XX<sup>e</sup> siècle* est l'occasion pour certains spécialistes de réclamer une fois de plus une refonte ou du moins une adaptation de la législation sur les monuments historiques permettant de prendre en compte les spécificités du patrimoine contemporain. En dressant les conclusions du colloque, J.P. Babelon indiquait qu'il était nécessaire que ce colloque posât « *la question de l'adaptation de la législation sur les Monuments Historiques aux différentes catégories de productions architecturales de ce temps* » <sup>24</sup>.

La seconde réaction de l'administration a été plus active, plus volontaire <sup>25</sup>. A l'occasion du colloque évoqué, plusieurs intervenants (MM. Babelon, Foucart, Loyer et Parent) ont proposé des critères de sélection pouvant guider l'administration, sans que les critères légaux soient modifiés. A titre d'exemple, on citera les trois critères avancés par F. Loyer <sup>26</sup>. Le premier est le critère technologique qui permettrait de suivre le renouvellement des techniques de construction qui fut intense des années trente aux années cinquante (le mur-rideau, le béton coulé ...). Le second est le critère qualitatif. Il servirait à garder intact un élément significatif de chaque production en série. Le troisième est géographique. Il s'agirait de « *corriger en permanence le regard purement national en l'ajustant à des situations locales extrêmement diverses et parfaitement sous-estimées à l'heure actuelle* » car « *le centralisme français est tel qu'il déforme totalement notre appréhension de la production artistique en la réduisant au phénomène parisien* ». L'auteur encadre ces critères par trois concepts théoriques : aucun des types architecturaux de notre époque ne doit être négligé ; la production contemporaine doit être appréhendée à travers des exemples unitaires (ce n'est pas la protection d'un pavillon qui a du sens mais celle du lotissement), et enfin le dualisme de notre époque (la modernité architecturale et le rejet de cette modernité) doit être constamment pris en compte. On le voit, l'administration crée en quelque sorte des critères d'action sans toucher aux critères légaux.

---

<sup>24</sup> BABELON (J.P.), "Conclusions", in *Les enjeux du patrimoine architectural du XX<sup>e</sup> siècle*, 1988, 153-155, 153.

<sup>25</sup> Les premières vagues significatives de protection de l'architecture contemporaine apparaissent dans les années 1960 et 1970 à l'initiative des ministres A. Malraux et M. Guy. Mais justement ces protections découlaient d'une approche empirique plus que d'une application de critères *ad hoc*.

<sup>26</sup> LOYER (F), "La modification des critères dans l'évaluation du patrimoine contemporain préalable à une politique de protection", in *Les enjeux du patrimoine architectural du XX<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*, 66-70.

## B. L'élaboration de directives

Toujours dans le respect des critères d'action prévus par la loi, les administrations ont également élaboré des directives qui ont pour but de guider leur travail de détermination concrète de l'intérêt public. En France, les directives sont courantes en matière de biens culturels bien que "atypiques" (1). En revanche, on n'en retrouve pas en Italie et cette différence doit être expliquée (2).

### 1) Les directives en matière de choix patrimoniaux en France

En France, on s'attend à ce que les directives soient "adoptées" officiellement et qu'elles figurent dans un texte. On s'attend à les trouver rédigées quelque part, dans une circulaire par exemple <sup>27</sup>. Dans le domaine que nous étudions on ne trouve pas de directives rédigées et diffusées, en un mot formulées officiellement. Néanmoins, on voudrait montrer que certains faisceaux d'attitudes administratives correspondent à des directives car l'ensemble de ces attitudes réalise bien le guidage du pouvoir discrétionnaire qui est au cœur de la notion de directive.

De nombreux exemples pourraient alimenter notre démonstration. En effet, depuis le début des années 1980 plusieurs campagnes thématiques de protection ont été lancées par le ministère de la culture. Chacune avait pour but de protéger les biens les plus représentatifs, les plus dignes d'intérêt, de catégories qui jusqu'alors n'étaient pas ou peu prises en compte. Les cinémas, les gares, les cirques, les jardins et les parcs, les cafés, les bâtiments industriels firent ainsi l'objet de campagnes successives d'identification et de protection <sup>28</sup>. On présentera comme exemple une seule de ces campagnes, celle relative aux parcs et aux jardins historiques.

Jusqu'au milieu des années 1980, non seulement les jardins et les parcs n'avaient jamais été une des priorités de la protection mais en plus, lorsqu'ils étaient protégés, c'était à titre de complément de la protection d'un édifice auquel ils étaient liés : le parc d'un château n'était pas protégé en lui-même mais dans son rapport avec le château.

A partir du milieu des années 1980 les parcs et les jardins deviennent des objets autonomes aux yeux de l'administration patrimoniale et font l'objet d'une qualification

---

<sup>27</sup> Ainsi selon J. Boulouis, « les 'directives' ne constituent pas une catégorie formelle spécifique, le terme servant plutôt à désigner des dispositions qui peuvent tout aussi bien se trouver dans des actes qui, eux, appartiennent à des catégories classiques, en particulier mais non exclusivement à la catégorie des circulaires et instructions », "Sur une nouvelle catégorie d'actes juridiques", *art. cit.*, 192.

<sup>28</sup> FOUCART (B.), "Historique sommaire de la politique des protections du XX<sup>e</sup> siècle", *art. cit.*, 11.

propre si leur conservation (ou leur préservation) présente un intérêt du point de vue de l'histoire ou de l'art.

Les causes de cette évolution ont été retracées dans l'ouvrage de F. Dubost dont on reprend les grandes lignes <sup>29</sup>. C'est au début des années 1980 que des associations privées entreprennent de démontrer que les parcs et les jardins sont non seulement dignes d'être protégés par la législation sur les monuments historiques au même titre que les édifices, mais que cette protection est parfois urgente pour éviter la dénaturation ou la disparition de certains. Elles tentèrent de sensibiliser les instances nationales susceptibles d'intervenir à un titre ou à un autre (le ministère de la culture, celui de l'environnement et celui de l'équipement) ainsi qu'une instance internationale, l'Icomos (Conseil international des monuments et des sites). L'Icomos se montra d'autant plus réceptif que, depuis 1971, il existait en son sein un comité spécialisé dans ce domaine, le Comité international des jardins historiques qui, en 1981, avait rédigé une charte, la *Charte des jardins historiques* dite *Charte de Florence*, adoptée par l'assemblée plénière de l'Icomos en vue de compléter la *Charte de Venise* (qui n'avait pour objet que les monuments). L'article premier de cette Charte définit le jardin historique comme étant « *une composition architecturale et végétale qui, du point de vue de l'histoire ou de l'art présente un intérêt public. Comme tel, il est considéré comme un monument* ». Le rôle des organisations non gouvernementales dans le domaine des biens culturels en général et celui de l'Icomos en particulier sera abordé au chapitre 4. Mais notons au passage que cet exemple nous permet d'entrevoir l'évolution, étudiée aux chapitres 3 et 4, selon laquelle dans le quasi-vide normatif, ou plus exactement dans la faible opérativité concrète des critères de protection légaux français vis-à-vis d'un nouveau champ patrimonial comme celui des jardins, d'autres instances vont intervenir pour le combler et déclencher ainsi une concurrence de normes, concurrence dont l'Etat sort certes vainqueur, car il dispose d'un pouvoir normatif dont les organisations non gouvernementales ne bénéficient pas, mais d'une certaine manière transformé car il ne peut plus agir comme si d'autres références para-normatives n'existaient pas.

En 1983 le ministère de l'équipement, à l'époque chargé de l'application de la loi de 1930 sur les monuments naturels et les sites, entame un vaste travail de pré-inventaire des jardins remarquables, avec l'aide financière de certaines collectivités régionales ou

---

<sup>29</sup> DUBOST (F.), *Vert patrimoine. La constitution d'un nouveau domaine patrimonial*, Ministère de la culture, Mission du Patrimoine ethnologique, Cahier 8, Editions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 1994, 89 ss.

départementales. Dix ans plus tard en 1993, ce pré-inventaire permit de repérer 9 000 jardins, de dresser une fiche technique succincte pour 3 000 d'entre eux et de réaliser un dossier complet pour 800.

C'est à partir de 1987 que les autorités compétentes du ministère de la culture adoptent des décisions de protection, classement et surtout inscription, ayant uniquement pour objet un parc ou un jardin. Le ministère a peu à peu élaboré une doctrine, qui n'est pas préalable mais concomitante des premières mesures adoptées, afin de sélectionner les jardins devant être protégés. Elle s'articule autour de trois critères. Le premier critère, classique, est celui de la réaction face à un risque. L'intégrité d'un parc ou d'un jardin peut être protégée contre des menaces qui le dénatureraient, l'amputeraient ou même le feraient disparaître. Le deuxième critère est la cohérence entre la protection d'un monument et celle d'un parc ou du jardin qui l'entoure. Le troisième critère est l'*intérêt remarquable* du parc ou du jardin, expression que la pratique administrative a forgé de toute pièce pour l'occasion. Elle recouvre l'intérêt historique, l'intérêt botanique, la présence d'un certain nombre d'éléments remarquables (perspective, mode d'utilisation des végétaux, statuaire, emploi de l'eau, ...).

Le ministère de la culture s'est par la suite doté des moyens institutionnels de gérer la patrimonialisation en cours. Trois instruments sont mis en place. Le premier est technique, il s'agit de fondre le pré-inventaire réalisé par les services du ministère de l'équipement, dans les bases de données de l'Inventaire général et d'élaborer un vocabulaire méthodique. Le second est administratif. Une structure *ad hoc* est créée en 1993 au sein de la direction du patrimoine du ministère, la *Mission Jardins*. Troisièmement l'organisation du principal organe consultatif central, la Commission supérieure des monuments historiques est modifiée et comporte une nouvelle section (la 6<sup>e</sup> Section intitulée *Parcs et Jardins*) qui accueille les spécialistes de ce nouveau domaine<sup>30</sup>. On peut estimer que l'élaboration progressive d'une doctrine en matière de parcs et jardins, accompagnée des trois instruments cités, constitue bien une directive puisque l'administration s'est donnée une priorité dans l'utilisation de son pouvoir discrétionnaire.

Cette priorité accordée aux parcs et jardins sera d'ailleurs traduite en « loi » dans la loi de programme n°88-12 du 5 janvier 1988 *relative au patrimoine monumental* dont l'article 1 indique que « *la présente loi a pour objet de permettre (...) la restauration et la mise en valeur de monuments classés ou inscrits (...) dont l'état nécessite des travaux*

---

<sup>30</sup> Décret n.94-87 du 28 janvier 1994 *relatif à la Commission supérieure des monuments historiques*, JORF, 30 janvier.

*importants : édifices civils, militaires et religieux, en particulier les cathédrales, parcs et jardins historiques* » <sup>31</sup>. Les lois de programme ont pour objet de définir des objectifs à moyen ou long terme en matière économique et sociale. Elles contiennent des prévisions de dépenses chiffrées pour la réalisation des objectifs qu'elles déterminent. Elles n'engagent cependant pas l'Etat à l'égard des tiers. Elles n'engagent pas non plus l'Etat vis-à-vis de lui-même, ne serait-ce que parce que les prévisions de dépenses peuvent être revues chaque année dans la loi de finances <sup>32</sup>. D'une certaine manière la loi de programmation n'a fait que modifier le rang hiérarchique de la directive, d'administrative elle devient légale, sans rien changer quant à ses effets.

## 2) La quasi-absence de directives en matière de choix patrimoniaux en Italie

On a pu constater que les exemples choisis pour illustrer l'exercice du pouvoir quasi normatif de l'administration d'Etat dans le respect des critères légaux ne concernaient que la France. Il n'en a pas été retrouvé d'équivalents en Italie. Trois types de raisons concourent, selon nous, à expliquer cette absence.

Tout d'abord, l'activité concrète de l'administration est plus difficilement observable en Italie qu'en France. Malgré des efforts entrepris dans les années 1990, l'administration italienne des biens culturels est moins disposée que sa "consoeur" française à faire état de son travail à l'extérieur. La littérature grise qu'elle produit est moins diffusée. Elle est à l'origine de moins de colloques. Elle finance moins de travaux de recherche sur son propre travail. Un des rares miroirs de son activité au jour le jour est le recueil des circulaires parues entre 1975 et 1990 mais dans lequel on ne trouve pas trace de l'activité d'affinage des critères légaux <sup>33</sup>. A partir de 1990, l'obligation a toutefois été faite à l'administration de publier les directives et les autres actes programmatoires. Cette obligation n'a pas encore eu les résultats escomptés <sup>34</sup>. Cependant cette raison, à elle seule, ne permet pas de conclure que l'administration italienne ne se fixe pas (ou pas autant) de directives que ne le fait l'administration française. Deux autres raisons, plus profondes, expliquent mieux cette différence.

---

<sup>31</sup> JORF, 8 janvier 1988, 207.

<sup>32</sup> MATHIEU (B.), *La loi*, Dalloz, 1996, 63.

<sup>33</sup> CAZZATO (V.) ed., *Beni culturali e prassi de la tutela : circolari ministeriali 1975-1990*, Roma, 1990.

<sup>34</sup> Article 26 de la loi du 7 août 1990, n.241 sur la procédure d'adoption des actes administratifs et sur l'accès aux documents administratifs.

Premièrement, cette différence est la conséquence de la différence profonde, mise à jour au chapitre précédent, entre la localisation de l'intérêt public dans le rapport de la société aux biens en France et dans les biens eux-mêmes en Italie. En France, le pouvoir discrétionnaire laissé à l'administration lui permet de chercher des critères opératoires précis et d'élaborer des directives qui ne font qu'exprimer les choix de la société à un moment donné. En Italie, une des conséquences de la localisation de l'intérêt dans les biens est de réduire et même de nier toute marge de pouvoir discrétionnaire à l'administration. Celle-ci ne peut que se borner à dire qu'un bien donné présente ou non l'intérêt légal. Elle ne peut pas choisir à l'avance de protéger certaines catégories de biens. Le fondement de la notion même de directive, à savoir le pouvoir discrétionnaire, lui manque.

Deuxièmement, les lois de protection italiennes sont relativement plus précises que les lois françaises. La méthode italienne qui consiste à faire suivre les définitions légales (qui ne sont pas moins vastes qu'en France) de séries d'exemples, évite ainsi que l'administration ne fasse régulièrement la découverte de nouveaux champs patrimoniaux. Si on reprend l'exemple des jardins historiques, on constate qu'en Italie les jardins étaient inclus (par l'alinéa 1 de l'article 2 du texte unique) parmi les « *biens culturels soumis aux normes du présent Titre* » car l'alinéa 2 de ce même article 2 précise que « *les villas, les parcs et les jardins qui présentent un intérêt historique ou artistique* » (lettre f) « *sont compris parmi les choses indiquées à l'alinéa 1 lettre a)* » c'est-à-dire les « *choses immobiles et mobiles qui présentent un intérêt artistique, historique, archéologique, ou démo-ethno- anthropologique* ». Et cette inclusion remonte à la loi de 1909. Dès l'origine de la législation nationale, l'attention de l'administration a donc été attirée sur ce type de biens <sup>35</sup>. Certes, l'intérêt a pu être plus ou moins constant, sujet ou non à des modes, mais il n'a pas été l'objet de longues périodes d'indifférences suivies de brusques embrasements comme en France.

## **§ 2 L'encadrement de la détermination concrète à la marge des critères légaux**

En organisant leur propre pouvoir discrétionnaire, les administrations centrales d'Etat ne se contentent pas toujours de rester à l'intérieur des critères légaux. Elles peuvent parfois prendre beaucoup de distance et même de liberté à leur égard. D'une part, on

---

<sup>35</sup> CAZZATO (V.) ed, *Tutela dei giardini storici : bilanci e prospettive*, Roma, 1989 ; CAZZATO (V.) ed, *Ville, parchi e giardini : per un atlante del patrimonio vincolato*, Roma, 1992.

constate qu'elles choisissent parfois de ne mettre en œuvre que certains des critères posés par les normes supérieures et qu'elles écartent l'application des autres. Elles s'auto-limitent par rapport à ce qu'elles pourraient légalement faire. Elles restreignent les critères légaux. Elles exercent un pouvoir para-normatif secondaire *en négatif* (A.). D'autre part, les administrations centrales d'Etat procèdent, exceptionnellement il est vrai, à un élargissement des critères légaux. Tout exceptionnels qu'ils soient, ces élargissements n'en sont pas moins *contra legem*. L'administration va au-delà de ce que la loi prévoit. Elle exerce un pouvoir para-normatif secondaire *en positif* (B.).

#### **A. Le pouvoir quasi normatif négatif. La restriction des critères légaux : l'exemple de l'évacuation du critère de l'intérêt artistique**

De nombreux exemples pourraient, là encore, illustrer l'exercice de ce pouvoir quasi normatif par les administrations centrales dans le sens d'une restriction des critères légaux <sup>36</sup>. On a choisi de développer celui, commun à la France et à l'Italie, de l'évacuation du critère artistique comme critère de protection par l'administration d'Etat.

##### **1) L'évacuation du critère de l'intérêt artistique en général**

On observe dans la pratique administrative que l'intérêt d'art n'est pratiquement plus invoqué pour justifier une mesure de protection. Dans certains cas ce critère est purement et simplement remplacé par le critère d'histoire. De manière générale l'évolution a été plus subtile : à la place du critère d'art est apparu, sous des noms divers, un nouveau critère, le critère d'histoire de l'art.

Le mouvement qu'on va détailler pour la France et l'Italie, n'est pas propre à ces deux seuls pays. On le rencontre dans de nombreux autres systèmes, au point qu'on peut parler d'un mouvement général. Citons, à titre d'exemple, l'évolution de l'interprétation de la *convention concernant la protection du patrimoine culturel et naturel* de l'Unesco du 16 novembre 1972. Au milieu des années 1990 le Comité du patrimoine mondial de l'Unesco, organe chargé par la convention de « *définir les critères sur la base desquels un bien (...)*

---

<sup>36</sup> On pourrait également citer le cas français très éclairant du monopole de l'administration d'Etat en matière de maîtrise d'ouvrage des travaux portant sur les monuments classés. Cette captation avait pu se justifier sur de bons arguments extra juridiques en particulier pour des raisons techniques (l'expertise de l'Etat était alors la seule) et pour des raisons financières. En revanche, son fondement juridique était faible puisqu'il ne s'agissait que d'une interprétation au moins *praeter legem* de l'article 9 alinéa 2 de la loi de 1913 en vertu duquel « *les travaux autorisés par le préfet de région (ou par le ministre) s'exécutent sous la surveillance de l'administration des affaires culturelles* », cf. LE LOUARN (P.), "Faut-il décentraliser la gestion du patrimoine ? La maîtrise loi du 12 juillet d'ouvrage de l'Etat sur les travaux des monuments historiques classés à l'épreuve de la décentralisation", *LPA*, 1994, n°89, 5-9 et n°90, 6-10. Une loi a été nécessaire pour remettre en cause ce qui n'était qu'une interprétation et une pratique administrative 1985 (article 20 II). Cela illustre bien le pouvoir para-normatif de l'administration dont nous parlons.



peut être inscrit sur la liste du patrimoine mondial », réforme son règlement intérieur. Le critère du chef d'œuvre artistique est remplacé par le critère du chef d'œuvre créateur du génie humain <sup>37</sup>.

Cette tendance à l'appréhension de l'intérêt d'art par le seul intérêt d'histoire de l'art résonne d'ailleurs comme un écho lointain de ce que Hegel avait perçu dans son *Esthétique* comme le dépassement de l'art devant la pensée. « *Pour nous, l'art n'est plus la forme la plus élevée sous laquelle la vérité affirme son existence. D'une façon générale, il y a longtemps que la pensée a cessé d'assigner à l'art la fonction de la représentation sensible du divin* » <sup>38</sup>. L'art qui échoue dans sa tentative d'exprimer l'Idée ou la Vérité, n'apporte au mieux qu'une intuition et s'efface devant des formes plus hautes de conscience, la pensée ou la philosophie qui permettent la compréhension et non plus l'intuition <sup>39</sup>. Seule, « *la pensée se révèle capable de s'appropriier et d'appréhender ce qui, sans cela, ne resterait que le contenu de la représentation et du sentiment. C'est ainsi que l'art et la religion trouvent leur union dans la philosophie ; union, d'une part de l'objectivité de l'art qui, s'il a perdu ce qu'il avait de sensible, a toutefois trouvé une compensation dans la forme la plus élevée de l'objectif, à savoir dans la pensée ; d'autre part, de la subjectivité de la religion qui s'est purifiée pour devenir la subjectivité de la pensée* » <sup>40</sup>.

On peut estimer qu'A. Riegl fait office d'intermédiaire entre l'évolution décrite en théorie par la philosophie hégélienne et l'évolution concrète de l'action administrative moderne qui se défie du critères artistique. A. Riegl avait en effet souligné en 1903 que « *l'art tel que nous y sommes confrontés dans ces pages nous intéresse d'abord d'un point de vue purement historique : le monument nous apparaît comme un maillon indispensable dans le développement de l'histoire de l'art* » avant de conclure « *la distinction entre monuments artistiques et monuments historiques est non pertinente, les premiers étant inclus dans les seconds et se confondant avec eux* » <sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> LEVI-STRAUSS (L.), "Impact de la Convention du patrimoine mondial sur les évolution récentes de la notion de patrimoine culturel", in Unesco, *Rapport mondial sur la culture 2000. Diversité culturelle, conflit et pluralisme*, Unesco, Paris, 2001, 162-172, 165.

<sup>38</sup> HEGEL, *Esthétique*, I, Flammarion, trad. V. Jankélévitch, 1979, 152.

<sup>39</sup> FARAGO (A.), *L'art*, A. Colin, 2000, 106.

<sup>40</sup> HEGEL, *Esthétique*, I, *op. cit.*, 154.

<sup>41</sup> RIEGL (A.), *Le culte moderne des monuments*, [1903], Paris, 1984, trad. D. Wicczorek, 38-39.

## 2) L'évacuation du critère de l'intérêt artistique en France

On l'a vu, la loi française de 1913 permet le classement et l'inscription d'un bien à deux titres : si sa conservation (ou sa préservation en cas d'inscription) présente un intérêt public d'art (ou un intérêt d'art suffisant en cas d'inscription) ou si sa conservation (même remarque) présente un intérêt public (même remarque) d'histoire.

En France, l'évacuation du critère artistique trouve des antécédents dans le titre même de la loi de 1913 et dans ses travaux préparatoires. La loi de 1913 *sur les monuments historiques* recouvre sous un même nom les biens dont la conservation présente un intérêt d'histoire et ceux dont la conservation présente un intérêt d'art. Le rapporteur de la loi devant la Chambre des députés ne s'est d'ailleurs pas caché de cette ambiguïté car il déclarait que « *dans le domaine de l'archéologie et de la critique, déjà même dans le langage courant, le terme "monument" désigne désormais toute œuvre ancienne et, par conséquent, le terme "monument historique" s'applique à toute œuvre d'art d'un intérêt historique, quelles que soient ses dimensions, qu'il s'agisse d'un immeuble ou d'un objet mobilier. Dès lors, c'est le terme bref et expressif de "monument historique" et ce terme seulement, que nous proposons d'inscrire au frontispice de la loi. Il est entendu qu'il comprendra à la fois ce que la loi appelait monument historique au sens étroit et ce qu'elle désignait improprement sous le nom d'objet d'art* »<sup>42</sup>.

Par la suite, l'administration française, suivant en cela l'évolution des théories de l'histoire de l'art du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècles, s'est défiée du critère de *l'intérêt d'art* qui est jugé trop subjectif pour légitimer un acte de protection (classement ou inscription) et source probable de contentieux sans fin. Elle s'est donc tournée vers le critère qui lui paraissait légitimer objectivement son action, le critère de l'intérêt pour l'histoire de l'art. Toute œuvre d'art peut en effet être datée<sup>43</sup>. Et son intérêt artistique glisse vers l'intérêt qu'elle présente pour sa place dans la chaîne chronologique des expressions artistiques. Finalement, ce qui est pris en compte est *l'intérêt dans l'histoire de l'art* ou *l'intérêt pour l'histoire de l'art*, qui ne sont que des avatars de l'intérêt d'histoire dans un domaine particulier, celui de l'art.

Le critère de l'intérêt pour l'histoire de l'art apparaît parfois tel quel mais le plus souvent il n'est qu'implicite et sert de toile de fond à d'autres critères plus précis : le

---

<sup>42</sup> Cité par BRICHET (R.), *Les monuments historiques en France, op. cit.*, 18 et repris dans *L'histoire et ses méthodes*, Gallimard, 1967, 950.

<sup>43</sup> PONTIER (J.-M.), "La notion d'œuvre d'art", *RDP*, 1990, 1403-1437, 1429.

critère de témoignage ou d'exemple, le critère de rareté. Il y en a d'autres <sup>44</sup>. Le critère de témoignage ou d'exemple est illustré par la motivation de décisions de classement d'un tableau de Van Gogh <sup>45</sup>, d'un édifice "japonais" à Paris <sup>46</sup> et de la décision d'inscription de la maison de Max Ernst <sup>47</sup>. Le critère de la rareté est par exemple évoqué pour justifier le classement d'une salle de théâtre construite au début du XX<sup>e</sup> <sup>48</sup> et d'un ensemble du XII<sup>e</sup> siècle <sup>49</sup>.

En France, l'évacuation de tout critère esthétique dans l'appréciation de l'administration n'est pas limitée à la seule application de la loi de 1913. Elle s'observe également dans l'application de la loi de 1930 <sup>50</sup>.

La loi du 2 mai 1930 *relative à la protection des monuments naturels et des sites* est appliquée dans un sens qui écarte toute référence au *pittoresque* c'est-à-dire selon l'étymologie latine à ce qui peut être peint, à la beauté de la nature <sup>51</sup>. Seul le mot site est utilisé. L'expression *monument naturel*, d'application difficile et porte ouverte à de

<sup>44</sup> Comme le critère de l'homogénéité architecturale (CE, 17 novembre 1995, *Ministre de la Culture et de la Francophonie c. Commune de Saint-Marceau*, n°161.059) ou celui de la qualité technique de l'œuvre d'art ou du bâtiment (CE, 24 novembre 1982, *Caron*, T., 681).

<sup>45</sup> «Il ressort des pièces du dossier que le "Jardin à Auvers" de Vincent Van Gogh est un témoignage important de l'art de la peinture à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle» CE, 31 juillet 1992, *Walter*, p. 313, JCP, G, II, 1993, 22044, note R. BRICHET, D, Jurisp., 1994, p. 17, note D. THOMAS.

<sup>46</sup> «Les façades et la toiture de l'immeuble dit "La Pagode", sis à Paris 57, rue de Babylone et 1, rue Monsieur, édifié en 1896 sur les plans de l'architecte Alexandre Marcel, de même que la grande salle et son riche décor de stucs et de peintures d'inspiration orientalisante, constituent un témoignage de l'intérêt pour l'art japonais qui s'est manifesté à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Dans ces conditions, la préservation des façades et toitures de cet édifice, de sa grande salle et du décor de celle-ci, présente un intérêt public de nature à justifier le classement de cet immeuble parmi les monuments historiques en application de la loi modifiée du 31 décembre 1913» CE, 28 juillet 1993, *Société Foch-Dauphine*, T., 887.

<sup>47</sup> «Il résulte des pièces du dossier que la maison dite de Max Ernst, à Saint Martin d'Ardèche, constitue un témoignage significatif d'une période importante de la vie et de l'œuvre du peintre Max Ernst, qui l'a enrichie de divers éléments de décors peints ou sculptés; qu'elle représente, dès lors, un intérêt d'histoire et d'art suffisant pour en rendre désirable la préservation» CE, 14 janvier 1994, *Ministère de la culture et de la communication c. Neyron*, 14

<sup>48</sup> «L'architecture de la salle du "Palace" et son décor sont caractéristiques d'un style qui était en faveur au début du siècle et dont les exemples sont devenus rares. Par suite, la conservation de cet immeuble présente un intérêt public d'art et d'histoire de nature à justifier légalement son classement» CE, 10 novembre 1978, *Société générale d'exploitation de théâtre et de concerts*, T., 879.

<sup>49</sup> «la chapelle et la salle capitulaire constituent un ensemble unique et menacé de disparition de l'architecture des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles qui, malgré leur dégradation et l'altération de leur environnement, justifient leur préservation en raison de la rareté de leur décor et de l'authenticité de leur architecture» CAA, Nancy, 30 juin 1994, *Ministre de l'équipement, du logement et des transports c. SCEA de la ferme de Fresnoy*, T., 1051, D, 1995, Jurisprudence, 377, note J.-M. PONTIER.

<sup>50</sup> Ce phénomène est même encore plus général. L'esthétique est systématiquement refusée en tant que critère d'action de l'administration. L'extension de polices administratives spéciales (y compris la police des monuments historiques issue de la loi de 1913) au nom de l'esthétique a été condamnée par le juge administratif. Il en a été de même de l'extension de la police administrative générale au nom de l'esthétique. En outre, les références à l'esthétique que le droit de l'urbanisme pouvait comporter, en particulier comme critère que les autorités communales devaient prendre en compte dans l'élaboration de leur plans d'occupation des sols - plans locaux d'urbanisme -, sont supprimées et remplacées par des critères jugés plus objectifs (cf. la nouvelle rédaction de l'article L. 123-1 du code de l'urbanisme dans sa version issue de la loi du 13 décembre 2000, *Solidarité et renouvellement urbain*).

<sup>51</sup> D'ailleurs la loi de 1930 remplace une loi antérieure du 21 avril 1906 *sur la protection des sites et monuments naturels de caractère artistique* uniquement fondée sur le critère artistique et jugée, pour cette raison, très insuffisante, cf. le commentaire anonyme de la loi de 1930 in *Recueil général des lois, décrets et arrêtés*, 1930, 241.

possibles appréciations subjectives, est tombé en complète désuétude <sup>52</sup>. Pour A. Oustric, la valeur esthétique doit être rejetée car elle est arbitraire et porte en elle les stigmates d'une discrimination. En tout état de cause, elle ne peut être un critère par lequel on peut qualifier de paysage un fragment de territoire. Le paysage doit au contraire être considéré *«comme n'importe quelle notion de territoire présentant une vue d'ensemble et pouvant être appréhendée d'un même coup d'œil, quelle que soit sa valeur esthétique, celle-ci n'était plus en effet seule prise en considération pour déterminer une action en faveur de son aspect»* <sup>53</sup>. Dans sa pratique concrète, l'administration utilise des critères tels que *« l'unité d'un paysage »* qui forme un *« ensemble homogène »* ou le *« contraste qu'il offre par rapport aux paysages avoisinants »*.

### 3) L'évacuation du critère de l'intérêt artistique en Italie

On a vu dans le chapitre précédent que l'intérêt public italien résidait dans les choses elles-mêmes. La dimension esthétique était très présente dans la première loi nationale du 12 juin 1902 n.185 qui avait posé comme principal critère celui de la valeur d'art. Ce critère esthétique avait toutefois été atténué dans la loi de 1909 qui remplaçait le critère de la valeur d'art par celui de l'intérêt artistique. La loi de 1939 et le texte unique de 1999 ont maintenu le critère de l'intérêt artistique issu de la loi de 1909.

L'Italie a connu le même phénomène de l'évacuation du critère artistique. Mais ce phénomène a pris une ampleur beaucoup plus large qu'en France.

La période du second après-guerre vit une explosion de critiques mettre très fortement en cause les critères que la loi de 1939 plaçait dans les choses et en particulier le critère artistique. Les diverses critiques émises peuvent être regroupées, pour la simplicité de la présentation, en deux grands groupes.

Dans le premier, on trouve les critiques qui dénoncent dans le critère esthétique le paravent d'une attitude élitiste voulue par une classe dominante. S. Andrini a résumé cette critique en disant que *« l'hégémonie culturelle marxiste de l'après-guerre ne pouvait pas accepter de plano deux lois qui, tout étant fondamentales sur le plan normatif, appartenaient à une période condamnable du fait même qu'elles étaient nées en plein*

---

<sup>52</sup> Site tend de même à supplanter paysage. Le dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement précise ainsi que *« aujourd'hui, c'est le site qui subsume le paysage. La preuve en est que les expressions: "site industriel", "site militaire" sont des spécifications précises alors que les mêmes épithètes, rapportées à un paysage, définissent surtout des variétés esthétiques »*. MERLIN (P.) et CHOAY (F.) (ed.), *Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*, PUF, 1988, 619.

<sup>53</sup> OUSTRIC (A.), *Le régime juridique de la protection et de la mise en valeur des sites et des paysages en France*, th. Aix, 1975, 68-71.

*régime fasciste. Par surcroît, elles se ressentaient des idées et des conceptions du philosophe "idéaliste" B. Croce qui, bien entendu n'était pas fasciste (c'était même un libéral convaincu), mais dont l'esthétique en ces années-là était âprement contestée par l'esthétique marxiste, qui tendait, elle, à mettre l'accent sur le moment historique aux dépens du moment esthétique »* <sup>54</sup>. Toujours selon la critique, cette attitude élitiste était entretenue par un corps de techniciens jaloux de leurs connaissances, indifférents à tout autre chose que les chefs-d'oeuvre ou les grands monuments, dédaigneux envers la culture populaire et ses expressions. Elle condamnait en fin de compte « *à la dispersion ou à la destruction, en raison des empiétements irrémédiables d'une société technologique, une quantité énorme de biens culturels, du moment qu'était contestée leur valeur sur le plan artistique ou naturel* » <sup>55</sup>.

Le second groupe de critiques, de nature épistémologique, contestait la validité de l'esthétique à fournir des critères suffisamment scientifiques pour orienter les choix de la protection, comme si brutalement l'Italie redécouvrait Kant et réapprenait à sa suite que la perception du beau ne dépendait que du goût, que du seul jugement subjectif. L'article 33 alinéa 1 de la nouvelle Constitution rejetait toute tentative d'imposer un canon artistique en déclarant que « *l'art et la science sont libres* » et M. S. Giannini percevait bien la nécessité de remplacer le critère esthétisant par un critère « *historique plus rigoureux* » <sup>56</sup>. A ce groupe peuvent être rattachées des critiques de nature plus technique qui reprochaient aux critères esthétiques d'engendrer une indifférence quasi totale par rapport au contexte de l'oeuvre. S. Rodota rappela à cet égard que « *conservation ne signifiait pas seulement, comme dans l'acceptation traditionnelle du terme, la sauvegarde physique du bien (...), mais le maintien de la totalité des liens qui permettent au bien d'être le "témoignage d'époques ou de civilisations"* » <sup>57</sup>.

Les critiques italiennes recoupent en partie les critiques françaises. La nécessité d'abandonner le critère esthétique (ou artistique) est unanimement partagée. Mais alors qu'en France la revendication s'est en quelque sorte contentée de procéder à une modification des critères sans toucher au champ de l'objet, les revendications italiennes

<sup>54</sup> ANDRINI (S.), "Entre ambiance et environnement. La civilisation du moderne", *art. cit.*, 148.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 152.

<sup>56</sup> GIANNINI (M. S.), "I beni culturali", *art. cit.*, 14.

<sup>57</sup> RODOTA (S.), "Les aspects de droit civil de la protection internationale des biens culturels", *La protection juridique internationale des biens culturels. Actes du treizième colloque de droit européen. Delphes, 20-22 septembre 1983*, Strasbourg, 1984, 108-119, 110. Cette critique a été particulièrement développée par A. Emiliani, surintendant des Marches puis de l'Emilie-Romagne in *Dal Museo al territorio*, Bologna, 1974 et *Una politica dei beni culturali*, Torino, 1974.

vont être plus radicales et ne vont pas hésiter à exiger un renversement des présupposés de la loi de 1939 et de ses *choses d'art* à savoir, d'une part, le remplacement du critère esthétique par un critère anthropologique et par une survalorisation du critère historique et, d'autre part, le remplacement de la chose par le bien. Il ne s'agit plus d'une modification du champ de l'objet, mais d'une autre définition de l'objet.

Le critère anthropologique ne considère pas *la* culture au sens d'universalité, comme précédemment, mais seulement *des* cultures. Elle nomme ainsi *une* culture «*l'ensemble des modèles de comportement, de pensée et de sensibilité qui structurent les activités de l'homme dans son triple rapport à la nature, à la société et au transcendant*» selon la définition donnée par S. Abou dans *L'identité culturelle* <sup>58</sup>. Comme le résume S. Rodotà, «*la catégorie des biens culturels naît dès qu'on abandonne une logique de protection fondée sur une conception purement esthétique du bien protégé et qu'on accepte l'autre logique, largement conditionnée surtout par les résultats des recherches historiques et anthropologiques, d'une protection orientée globalement vers les phénomènes de la culture matérielle (...), sans tenir compte éventuellement de leur valeur esthétique. Cela implique immédiatement un élargissement extraordinaire du nombre et du type de biens pris en considération (...)*» <sup>59</sup>.

Le rapport rendu en 1966 par la commission Franceschini réunie en 1964 pour enquêter sur les «*conditions actuelles et sur les exigences propres à la valorisation des choses d'intérêt historique, archéologique, artistique et du paysage*» fait entendre le premier écho officiel de cette évolution. Composée de 84 déclarations et de 9 recommandations, le rapport s'ouvre par une définition de ce que devrait être l'objet d'une nouvelle législation de protection des biens culturels. La déclaration I distingue deux cercles de biens culturels. Le premier est celui du patrimoine culturel de la nation : «*appartiennent au patrimoine culturel de la nation tous les biens ayant un rapport avec l'histoire de la civilisation*». Il n'entraîne apparemment pas de conséquences juridiques. Le deuxième rassemble deux catégories de biens qui eux sont «*soumis à la loi*», d'une part les «*biens d'intérêt archéologique, historique, environnemental et paysager, archivistique et libraire*» et, d'autre part «*tout autre bien qui constitue un témoignage*

---

<sup>58</sup> ABOU (S.), *L'identité culturelle*, Hachette, 1995, Introduction, XIII.

<sup>59</sup> RODOTÀ (S.), "Les aspects de droit civil de la protection internationale des biens culturels", *art. cit.*, 109.

*matériel ayant valeur de civilisation* ». Cette dernière catégorie est très ouverte et très large <sup>60</sup>.

Le passage des choses aux biens est d'une portée beaucoup plus vaste que la simple permutation de vocabulaire pourrait le laisser croire. Les "choses" dont parle la loi de 1939 sont les "res" latines, terme très large, qui permet de désigner tout ce qui existe et qui est concevable comme objet unique. Les biens sont les "bona" du droit romain, c'est-à-dire les choses qui produisent des "utilitates". Derrière cette évolution, se fait jour, une relecture de la législation de 1939 à la lumière de la Constitution démocratique de 1948, telle qu'elle a été amorcée par M. S. Giannini dans son article fondamental de 1977 (cf. chapitre précédent). Et pour M. Ainis, « *le bien culturel est par vocation destiné à la généralité des membres de la société, lesquels doivent pouvoir en jouir sans obstacle même s'ils relèvent d'un propriétaire privé* » <sup>61</sup>.

Mais la définition de la commission Franceschini n'était qu'une proposition et jamais les définitions de la déclaration I ne seront adoptées <sup>62</sup>. Seule l'expression biens culturels est passée dans le vocabulaire juridique. Ce passage s'est réalisé en trois étapes : 1972, 1975 et 1999.

Selon les critères figurant dans le texte original de la loi de 1939 l'exportation des choses mentionnées à l'article 1 de la loi était interdite si elle « *constituait un dommage considérable au patrimoine national* » (article 35). Une réforme introduite en 1972 modifia ces critères (voir chapitre 5). L'exportation devenait interdite si elle constituait un simple « *dommage pour le patrimoine historique et culturel national* ». Le patrimoine de référence n'était donc plus le simple patrimoine national mais le patrimoine national qualifié par des critères supplémentaires qui ne sont ni artistiques ni esthétiques mais historiques et culturels. Cette nouvelle formulation a été reprise sans être changée par le texte unique (article 66 alinéa 5).

---

<sup>60</sup> Mais l'élargissement de la notion est critiqué en Italie même. Pour C. Brandi la définition de la commission Franceschini assimile aux objets d'art « *les œuvres et les choses qui ne sont pas des œuvres d'art* ». Ce nivellement est délétère pour la culture et pour une échelle des valeurs sans lesquelles il n'y a pas culture mais simple catalogue. Il propose la définition suivante: « *appartient au patrimoine culturel de la nation tous les biens qui caractérisent, synchroniquement et diachroniquement, la culture (et non la civilisation) d'une époque* ». BRANDI (C.), "Nuove leggi per l'Italia da salvare", *Atti del convegno di "Italia Nostra"*, Roma, 1966, 3. Pour T. de Mauro elle risque d'aboutir à une sauvegarde généralisée, qui transformerait « *le pays en un grotesque musée global, immobile et mort, mais intact comme après une bombe H* », MAURO (T. de), "Qualche premessa teorica alla nozione di cultura e bene culturale", *Il comune democratico*, 10 oct. 1978, 16.

<sup>61</sup> AINIS (M.), "I beni culturali" in CASSESE (S.) ed., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, t. II, Giuffrè, 1053-1101, 1070.

<sup>62</sup> Malgré des projets de loi en ce sens, D'ORTA (C.), "I propositi di riforma arenati in Parlamento", *Memorabilia*, vol. 4, 354. Le projet élaboré par M. S. Giannini en 1989 est reproduit in *Il Giornale dell'Arte*, décembre 1989.

Le décret-loi du 14 décembre 1974 n. 657 introduisit l'expression *biens culturels* pour la première fois dans le vocabulaire juridique italien <sup>63</sup>. Mais cette introduction n'entraîna que des conséquences limitées car l'expression n'apparaît que dans l'intitulé du nouveau ministère créé par ce décret-loi, *le ministère pour les biens culturels et environnementaux* alors qu'aucune modification n'est apportée à la loi de 1939 qui raisonne toujours en termes de choses et de choses d'art <sup>64</sup>.

Enfin en 1999 est adopté le texte unique dont l'article 2 déclare que « *sont des biens culturels soumis au présent titre : (...) les choses (...)* » ce qui signifie qu'après leur qualification (directe par la loi, indirecte par l'administration) les choses deviennent des biens alors que précédemment elles restaient des choses.

En fin de compte, le résultat est assez proche de celui qu'on a décrit en droit français. Le rejet des critères esthétiques a ouvert la voie à la recherche du jugement historicisé (les seules qualifications légitimes sont les qualifications fondées sur des données objectives issues de l'état des connaissances en histoire et histoire de l'art à un moment donné). En pratique, le critère artistique n'est jamais employé seul, l'administration parle toujours d'intérêt historico-artistique. Mais le fondement que l'approche esthétique de la conservation a imprimé à toutes les lois italiennes n'a pas été fondamentalement remis en cause par la réforme de 1999. Certes, le vocabulaire a changé, l'expression bien culturel a définitivement remplacé celle de choses d'art, mais le mécanisme est resté le même. Il s'agit toujours d'un intérêt qui réside dans le bien et non pas dans le rapport de la société au bien.

## **B. Le pouvoir quasi normatif positif. L'élargissement des critères légaux**

On présentera un exemple pour chaque pays : l'exemple de l'élargissement du critère relatif à la protection des immeubles par destination en France <sup>65</sup> (1) et l'exemple de la tentative d'élargissement du critère de la nature des biens culturels en Italie (2).

---

<sup>63</sup> Décret-loi rapidement transformé en loi par la loi du 29 janvier 1975 n. 5.

<sup>64</sup> DALLARI (M.), "Sull'organizzazione del ministero per i beni culturali e ambientali", *FA*, 1976, 3166-3183, 3175.

<sup>65</sup> Il existe d'autres exemples en France, en particulier celui de l'interprétation *contra legem* de l'expression « *périmètre de 500 mètres* » par l'administration qui a reçu l'aval du juge administratif (CE, S., 29 janvier 1971, *SCI La Charmille de Montsoulst*, *AJDA*, 1971, 234, avec les conclusions M. GENTOT.



1) L'élargissement du critère relatif à la protection des immeubles par destination en France

On a vu qu'en droit italien la reconnaissance d'un intérêt culturel sur un immeuble s'étendait automatiquement aux *pertinenze* (c'est-à-dire, en utilisant le vocabulaire juridique français, les immeubles par destination) liés à cet immeuble. Il n'en va pas de même en droit français. En application de la loi de 1913, les immeubles par destination sont assimilés aux biens meubles dont ils suivent le régime. Or, « *les immeubles par destination sont des biens qui physiquement, sont des meubles, mais que le droit considère comme des immeubles parce qu'ils sont l'accessoire d'un fonds et qu'il est opportun de maintenir ce lien entre le fonds et ses accessoires. L'immobilisation par destination est un des procédés qui permettent de conserver sa cohérence à un ensemble de biens* »<sup>66</sup>. Le droit français de la protection, respectueux ou timide devant le droit de propriété ne reprend pas entièrement à son compte la catégorie civiliste de l'immeuble par destination. La loi de 1913 range les immeubles par destination parmi les objets mobiliers. Le régime applicable aux immeubles par destination est donc le régime de moindre protection propre aux objets mobiliers<sup>67</sup>. L'origine d'une telle exception apparaît de moins en moins évidente au fur et à mesure qu'on s'éloigne des conditions historiques qui ont présidé à son adoption. Il semble que la volonté de porter le moins possible atteinte au droit de propriété ait été déterminante. La loi de 1887 prévoyait que les immeubles privés pouvaient être classés si le propriétaire donnait son consentement. Les meubles de propriété privée ne pouvaient pas faire l'objet d'un classement. La loi du 19 juillet 1909, reprise dans la loi de 1913, permit à l'administration de procéder au classement des meubles de propriété privée mais uniquement avec le consentement du propriétaire. Le législateur avait voulu laisser entièrement libre le propriétaire d'objets mobiliers et, par là même, défendre la vitalité du marché de l'art. Pour cette raison, il ne créa aucune servitude directe. Pour la même raison, il ne créa pas non plus de servitude qui puisse être imposée indirectement. Cela aurait pu être le cas si le classement des immeubles par destination (privés) avait suivi celui de l'immeuble par nature (privé) auquel ils étaient rattachés (solution à l'italienne qui aurait respecté les règles civilistes). Dans ce cas, le propriétaire n'aurait plus été libre, non

---

<sup>66</sup> MALAURIE (R) et AYNES (L), *Cours de droit civil : les biens, la publicité foncière*, Editions Cujas, 2ed., 1995, 42. Cette définition doctrinale est plus éclairante que l'article 524 du code civil ainsi rédigé : « *Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination (...) Sont aussi immeubles par destination, tous les effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure* ».

<sup>67</sup> Aux termes de l'article 14 de la loi modifiée de 1913 : « *Les objets mobiliers, soit meubles proprement dits, soit immeubles par destination, dont la conservation présente un intérêt (...) peuvent être classés par un arrêté ministériel* ». Les objets de propriété privée ne peuvent faire l'objet d'une inscription.

seulement de détacher la chose immobilisée, mais surtout d'en disposer à sa guise, ce qui aurait été en contradiction avec la liberté dont il disposait vis-à-vis de ses biens meubles tout court. C'est une loi ultérieure, la loi du 31 décembre 1921 (article 33 et suivants), qui permet, en modifiant la loi de 1913, le classement des biens meubles privés dans les mêmes conditions que celui des biens immeubles, c'est-à-dire sans l'accord du propriétaire. Mais la réforme de 1921 a été incomplète. En effet, à partir du moment où le classement des meubles est devenu possible, il n'y avait plus d'obstacle théorique à aligner le régime des immeubles par destination sur celui des immeubles par nature, et donc à prévoir un classement indirect : l'immeuble par destination détaché d'un immeuble par nature protégé pourrait rester soumis aux effets de la protection. Il n'en a rien été et les immeubles par destination doivent faire l'objet d'une mesure de protection propre <sup>68</sup>.

En conséquence, la pratique administrative s'est orientée dans une voie louable quant à ses effets mais discutable quant à son fondement juridique. Elle tend à considérer que, comme en droit italien, la protection reconnue à un immeuble doit s'étendre aux immeubles par destination liés à cet immeuble. Pour cela, elle a élargi le plus possible la notion d'immeuble par nature et a soutenu devant les propriétaires et devant les juges que certains biens, qui peuvent être considérés indépendamment du bien principal auquel ils sont rattachés, n'en constituent pas pour autant des immeubles par destination, mais au contraire doivent être considérés comme immeubles par nature, incorporés dans un immeuble au point que l'existence d'une protection sur cet immeuble s'applique également à eux. Une telle construction a reçu l'appui de la jurisprudence judiciaire <sup>69</sup> avant d'être acceptée depuis peu par la jurisprudence administrative <sup>70</sup>. Mais, et en cela cette construction est discutable, il ne s'agit que d'un pis aller face à une insuffisance législative.

---

<sup>68</sup> Certes la loi du 23 juillet 1927 qui modifiait la loi de 1913 a introduit l'interdiction de procéder au démembrement d'un immeuble classé, ce qui était déjà implicitement prévu dans la loi de 1913, mais en ajoutant que les parties démembrées d'un bien classé restaient chacune soumises au régime de protection. De même est-il précisé que « les effets du classement subsistent à l'égard des immeubles par destination classés qui redeviennent des meubles proprement dits » (article 14 alinéa 2). Cependant, ces deux dispositions sont loin de combler la lacune législative ouverte par la loi de 1921.

<sup>69</sup> Cass. Crim., 18 janvier 1938, *X et Y c. Ministre des Beaux-Arts*, GP, 1938, 1, 702 : « Les juges du fond constatent que les boiseries dont il s'agit formaient un ensemble décoratif lié de manière inséparable à l'édifice lui-même et sans lequel cet édifice n'eut pas été complet (...) Attendu dès lors, qu'en attribuant à ces boiseries le caractère d'immeuble par nature, la cour d'appel a fait une appréciation exacte des dispositions de l'article 525 du code civil » ; Civ 1<sup>re</sup>, 19 mars 1963, *SARL Cardhian c. Eudoxia et autre*, JCP, 1963, 11, 13190 note P. ESMIEN : « Des boiseries, qui formaient avec l'ensemble immeuble des constructions auxquelles elles ont été dès l'origine intimement et spécialement incorporées, un tout indivisible, et ne sauraient être séparées du bâtiment sans porter atteinte à l'intégrité de celui-ci, sont des immeubles par nature ».

<sup>70</sup> CAA Paris, 11 juillet 1997, *Ministre de la Culture c. Société Transurba*, RDA, 1998, 5-11, avec conclusions J.-P. PAITRE et observations B. PACTEAU : les « bas reliefs forment (...) avec l'ensemble du grand salon, auquel ils ont été dès l'origine, intimement et spécialement incorporés, un tout indivisible ; (...) ils ont dès lors le caractère d'immeuble par nature qui bénéficiait du classement comme monument historique du château de la Roche-Guyon (...) ».

Il n'est bon ni pour la *ratio* et l'objectif de l'ensemble du système de protection, ni pour la sécurité juridique des propriétaires. Quoi qu'il en soit, avec une telle attitude, l'administration a remplacé certains critères légaux posés par la loi de 1913 par ses propres critères.

## 2) La tentative d'élargissement du critère de la nature des biens culturels en Italie

Depuis les années 1980, l'administration italienne a cherché à protéger non plus seulement les biens matériels « *traditionnels* », mais les activités exercées dans, sur ou grâce à ces biens. Ce que recouvre l'expression « *bien culturel - activité* » n'est pas l'activité culturelle au sens de consommation de culture (fréquentation du théâtre, du cinéma, du musée) mais l'inclusion de certaines activités dans la catégorie juridique « *bien culturel* » et l'application consécutive à ces activités du régime des biens culturels matériels. Dès les années 1970, S. Cassese avait attiré l'attention sur les biens culturels immatériels. Selon lui, la conception des biens culturels « *est toute entière tournée vers les choses qui sont des biens culturels : au fond de cette conception, il y a toujours une 'chose' objet d'un droit patrimonial* ». Cette approche laissait de côté les biens culturels que sont les libertés publiques (en particulier l'exercice d'un métier ou en général la liberté d'activité économique) et même de simples activités tout court <sup>71</sup>.

Au début des années 1980, l'administration tenta d'élargir l'interprétation de l'article 2, alinéa 1, lettre b du texte unique (ex article 2 de la loi de 1939) : « *Sont des biens culturels soumis aux dispositions de ce Titre (...) b) les choses immobiles qui à cause de leur référence avec l'histoire politique, militaire, de la littérature, de l'art et de la culture en général, revêtent un intérêt particulièrement important* ». Comme on a déjà eu l'occasion de l'indiquer, cette disposition légale est l'une des deux seules du texte unique qui ouvre à l'administration un pouvoir discrétionnaire certain <sup>72</sup>. Son but était de protéger des faits culturels qui s'étaient déroulés dans certains lieux plutôt que les lieux eux-mêmes. Les mesures prises en ce sens par l'administration soumettaient à protection non seulement l'ameublement et le décor de locaux commerciaux (comme des cafés, des bijouteries) situés dans des centres historiques urbains, mais également l'activité exercée dans ces locaux. De véritables servitudes de destination étaient imposées aux propriétaires. Ces derniers n'ont pas manqué de porter les mesures ministérielles devant le juge administratif

---

<sup>71</sup> CASSESE (S.), "I beni culturali da Bottai a Spadolini", in *L'amministrazione dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1976, 176-179.

<sup>72</sup> L'autre disposition étant celle relative à la protection des collections.

en invoquant leur excès de pouvoir par rapport à la loi de 1939. Dans un premier temps, la prudence de l'administration fit que le juge administratif ne sanctionna pas ces initiatives. L'administration put en effet démontrer devant le juge que la mémoire historique qu'elle entendait maintenir dans deux *trattorie* "traditionnelles", s'appuyait sur la présence d'ustensiles et de mobilier typique de ces établissements, de croquis d'artistes clients sur les murs et sur le fait qu'ils servaient de lieux de rencontre à des artistes même si aucun fait historique précis ne s'y était déroulé.

Par la suite, deux affaires relatives à la protection de deux propriétés privées, l'«Antico Caffè Genovese», à Cagliari en Sardaigne et une bijouterie située dans un palais romain lui-même protégé, furent soumises au Tribunal administratif régional (TAR) du Lazio. L'intérêt particulièrement important qu'évoquaient ces décrets ne portait pas seulement sur les locaux mais également sur leur destination commerciale. Les propriétaires avaient attaqué cette mesure pour violation des articles 1, 2 et 3 de la loi de 1939 et pour excès de pouvoir. Selon le tribunal, le contenu des décrets ministériels mis en cause n'avait pas tant pour but de protéger l'ameublement et les décors des locaux, mais bien plutôt d'assurer la continuité des activités commerciales qui y étaient exercées car elles étaient traditionnellement liées aux centres historiques de Cagliari et de Rome. Or, les articles 1 et 2 de la loi de 1939 ne permettent pas que de telles valeurs soient prises en compte ni protégées parce qu'ils ne concernent que des choses matérielles, soit que ces choses présentent un intérêt direct (article 1 intérêt de nature historique, artistique archéologique ou ethnographique), soit qu'elles présentent un intérêt indirect né d'un rapport avec des événements de l'histoire politique, militaire, littéraire, de l'art et de la culture en général (article 2).

Le TAR décida de soumettre à la Cour constitutionnelle une question de légitimité constitutionnelle sur le point de savoir si la loi de 1939 n'était pas anticonstitutionnelle en ce qu'elle ne prévoyait pas la protection des biens culturels - activités. Une telle protection pourrait en effet être déduite d'une interprétation large ou évolutive (selon le vocabulaire des constitutionnalistes) de l'article 9 de la Constitution <sup>73</sup>. Selon l'interprétation de l'administration, que le TAR reprenait pour justifier sa question à la Cour, la protection prévue par l'article 9 engloberait également les biens culturels-activités « *car la notion de*

---

<sup>73</sup> Corte cost., sent. 9 marzo 1990, n. 118, *Perugia ed altri - MBCA - Presid. Cons. Ministri*, *Giur. cost.*, 1990, 661-664. Cette décision a fait l'objet de deux commentaires: RIGANO (F.), "Tutela dei valori culturali e vincoli di destinazione d'uso dei beni materiali", *Giur. cost.*, 1990, 3, 665-678. RIMOLI (R.), "L'attività come bene culturale al vaglio della corte costituzionale", *Nomos*, 1990, n°2, 101-118.

*bien culturel contient toutes les valeurs fondamentales qui regardent les manières d'être d'une communauté* » et pas seulement l'aspect matériel. La loi de 1939 devrait donc être déclarée inconstitutionnelle en ce qu'elle ne « *prévoyait pas la possibilité de protéger des activités traditionnelles caractéristiques d'une partie du territoire urbain et, en particulier, les centres historiques* » <sup>74</sup>.

Devant la Cour, les propriétaires soutenaient au contraire qu'une lecture évolutive de l'article 9 n'était pas possible au motif qu'elle heurtait d'autres principes constitutionnels. La servitude imposée concernait beaucoup plus l'activité commerciale de café ou de bijouterie que les locaux eux-mêmes. Dans le cas de la bijouterie, le dernier locataire commercial s'étant retiré des affaires, les locaux étaient sans usage et fermés. D'éventuels commerçants intéressés à la reprise devraient, selon les termes du décret, exercer ou plutôt reprendre le commerce des bijoux. Cela serait en opposition avec le principe constitutionnel de la liberté de l'initiative privée (article 41).

Pour sa part, *l'Avvocato generale dello Stato* a bien entendu avancé des arguments favorables à l'interprétation extensive que l'administration faisait de la loi de 1939 <sup>75</sup>. Selon lui, les nouvelles valeurs culturelles qui émergent, à savoir les biens culturels-activités, devaient être prises en compte et protégées à travers une interprétation de la loi de 1939 plus "moderne". L'exigence de protection de l'usage pouvait s'exprimer au moyen d'une servitude de destination qui, agissant sur la propriété et non sur le droit d'initiative économique, avait un caractère réel et non personnel. Cela évitait de la confondre avec l'obligation d'exercer une activité donnée, obligation qui était en conflit avec d'autres principes constitutionnels.

Dans sa décision, la Cour ne se livra aucunement à une interprétation de l'article 9 afin de savoir si oui ou non les activités culturelles pouvaient être comprises dans la protection qu'il établissait <sup>76</sup>. Elle fit le chemin inverse. Elle interpréta les dispositions de la loi de 1939 afin de savoir si elles permettaient de protéger les biens culturels - activités et conclut négativement en estimant que la valeur culturelle des biens protégés en application de l'article 2 se fondait sur le rapport existant entre « *leur usage présent et passé et des événements de l'histoire, de la civilisation ou des coutumes mêmes locales. En d'autres termes, (ces lieux) peuvent être ou avoir été des lieux de rencontre (...) entre*

---

<sup>74</sup> *Giur. Cost.*, 1990, 661.

<sup>75</sup> Il existe en Italie un corps d'avocats publics qui dispose d'un monopole de la défense de l'Etat dans tous les contentieux où ce dernier est impliqué.

<sup>76</sup> CS, VI, 10 octobre 1983, n.723, CS, 1983, I, 1074.

*artistes, poètes, musiciens, etc.; lieux de débats et de discussions sur différents sujets culturels; quoi qu'il en soit, ils sont d'un important intérêt historico-culturel, intérêt qui doit être évalué par l'administration compétente*»<sup>77</sup>. Pour la Cour, l'usage en question n'est ni séparé ni distinct du bien mais il fait partie des choses qui en constituent le support matériel. En conséquence, « *les articles (de la loi de 1939) soumis à l'examen (de la Cour), n'étaient pas en opposition avec l'article 9 en ce qu'ils ne prévoient pas la possibilité de protéger des activités traditionnelles caractérisant une partie du territoire et en particulier les centres historiques* » au motif que « *la culture n'a pas de profil autonome séparé et distinct des biens intérêt artistique, archéologique et ethnographique, mais est intimement liée aux choses qui en constituent le support matériel et, en conséquence, ne peut être protégée séparément du bien* »<sup>78</sup>. La Cour n'eut plus qu'à décider ensuite que la question de la légitimité constitutionnelle n'était pas fondée, les présupposés de la question ayant été balayés.

En raisonnant de la sorte, la Cour montra qu'elle restait encore marquée par la théorie de la *pietrificazione* (cf. chapitre 1). Elle tenta de masquer cette attitude par deux autres arguments. Premièrement, elle rappela qu'une servitude de protection ne pouvait porter sur une activité culturelle ou autre car la liberté d'initiative économique était constitutionnellement garantie par l'article 41 de la Constitution. Deuxièmement les biens culturels - activités pouvaient être protégés par d'autres dispositions, en particulier fiscales ou financières. La Cour ajouta que la législation qui existait en faveur des centres historiques permettait de réglementer dans ces zones l'exercice d'activités commerciales afin que celles-ci, souvent traditionnelles et très anciennes soient préservées et que ces zones maintiennent leur caractère historique et leur destination<sup>79</sup>.

La jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat fut ainsi confirmée par cette décision de la Cour constitutionnelle et se poursuivit<sup>80</sup>. Un début de revirement de jurisprudence eut toutefois lieu en 1993. Le Conseil d'Etat ne sanctionna pas le décret ministériel de protection d'une ancienne pharmacie située sur la Piazza del Campo à Sienne qui englobait

---

<sup>77</sup> Giur. Cost., 1990, 662.

<sup>78</sup> Ce faisant, la Cour reste dans une stricte interprétation gianninienne de la notion de bien culturel « *la réflexion proposée à l'origine par Giannini sur l'incontestable caractère d'immatérialité du bien culturel n'allait pas (...) jusqu'au point d'introduire (...) une éventuelle identification du bien avec une activité. Ce que l'auteur se limitait à formuler sur le fondement de la constatation de l'immatérialité du bien était l'affirmation relative à l'indépendance absolue du rapport entre valeur culturelle et valeur commerciale de la chose* », Rimoli (R.), " *L'attività come bene culturale al vaglio della corte costituzionale*", art. cit., 105.

<sup>79</sup> La Cour fait référence à l'article 4 de la loi n.15 de 1987 aujourd'hui remplacé par l'alinéa 3 de la loi du 28 mars 1991 n.112 lui-même repris à l'article 53 du texte unique de 1999.

<sup>80</sup> CS, VI, 1 septembre 1990, n.819, CS, 1990, I, 1117.

dans la protection l'usage du lieu en tant que pharmacie, « *retenu compatible avec le caractère historique ou artistique et avec les valeurs innées au bien protégé* »<sup>81</sup>. Mais ce revirement n'est pas l'œuvre du juge. Il provient d'un maniement plus habile de la part de l'administration du pouvoir discrétionnaire que lui ouvre l'article 2, alinéa 1, lettre b) du texte unique (ex article 2 de la loi de 1939). En effet, l'administration rattache désormais beaucoup mieux les aspects immatériels qu'elle souhaite voir préservés (l'usage, la destination) aux biens physiques qui en sont le support.

---

<sup>81</sup> CS, VI, 18 octobre 1993, n.741, *Righi Parenti c. Ministero per i beni culturali e ambientali*, FI, 1994, 111, 121. Dans le même sens TAR Sardegna 13 février 1997 n.192, TAR, 1997, I, 2, 1557.

## **Section 2 Le monopole médiat de l'administration centrale d'Etat lorsqu'elle encadre les compétences de détermination concrète d'une autre administration**

La détermination concrète de l'intérêt public n'était pas toujours confiée aux seules administrations centrales d'Etat. Dans les années 1970 et au début des années 1980, c'est-à-dire avant la fin de la période de l'exclusivité normative de l'Etat, d'autres administrations se sont parfois vues attribuer des tâches de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels. Deux grandes catégories d'attributions ont pu être observées.

Premièrement, les administrations déconcentrées d'Etat se sont vues attribuer des compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels (des fonctions administratives comme dit le droit italien) qu'exerçaient auparavant l'administration centrale. Mais l'exercice de ces compétences par les administrations déconcentrées a été strictement encadré par l'administration centrale d'Etat. Les exemples sont toutefois difficiles à trouver car ce pouvoir d'encadrement reposant sur le pouvoir hiérarchique, il n'est en général pas explicite. On se bornera donc à un seul exemple, pris en France, qui est relativement explicite (§ 1).

Deuxièmement, des attributions furent réalisées sous forme de transferts de compétences de détermination concrète de l'Etat au bénéfice d'instances infra nationales. En eux-mêmes, ces transferts seront étudiés dans la seconde partie (chapitre 8 et 9). Ce qui nous intéresse ici est d'étudier les mécanismes que l'Etat a mis en place pour encadrer ces compétences et éviter ainsi que les instances infra nationales ne le fassent elles-mêmes (§ 2).

Ainsi on verra qu'en France aussi bien qu'en Italie, les administrations centrales d'Etat ont bénéficié d'instruments qui leur ont permis d'encadrer les déterminations concrètes réalisées par les autres administrations. C'est la raison pour laquelle on parle de monopole médiat de l'administration centrale d'Etat lorsqu'elle encadre les compétences de détermination concrète d'une autre administration.



## **§ 1 L'encadrement para-normatif par l'administration centrale d'Etat des compétences de détermination concrète attribuées aux administrations d'Etat déconcentrées : l'exemple français**

Les maigres compétences de détermination concrète (c'est-à-dire de pouvoir discrétionnaire) attribuées par l'administration centrale à l'administration déconcentrée (A.), s'accompagnent d'un encadrement étroit de la seconde par la première (B.).

### **A. L'attribution de compétences de détermination concrète à l'administration d'Etat déconcentrée dans la région**

Jusqu'au début des années 1980, toutes les décisions (c'est-à-dire toutes les déterminations concrètes) relatives aux biens culturels relevaient du ministre chargé de la culture.

A partir de réformes adoptées en 1984 et 1985 certaines compétences furent transférées à l'échelon déconcentré régional. En particulier, les décisions d'inscription sur l'inventaire supplémentaire des monuments historiques furent attribuées au préfet de région. Celui-ci décide après avoir obligatoirement pris l'avis d'une commission consultative *ad hoc*, la Commission régionale du patrimoine historique, artistique et ethnologique (Corephae)<sup>82</sup>. Dans sa décision, le préfet de région n'est pas tenu de suivre l'avis rendu.

### **B. L'encadrement para-normatif par l'administration centrale d'Etat des compétences de détermination concrète de l'administration d'Etat déconcentrée**

On notera que ce sont les organes déconcentrés consultatifs et non les organes décisionnels qui font l'objet d'un encadrement. Il aurait été plus judicieux vis-à-vis du rôle des Corephae, qui est de fournir un avis scientifique, d'adresser les directives aux véritables titulaires du pouvoir discrétionnaire en matière de décisions d'inscription, c'est-à-dire les préfets (ou à la rigueur les directeurs régionaux des affaires culturelles). Par comparaison, aucun encadrement de ce genre n'a jamais été appliqué vis-à-vis de l'activité consultative de la Commission supérieure des monuments historiques.

---

<sup>82</sup> Décret n°84-1006 du 15 novembre 1984 modifiant la loi du 31 décembre 1913 et le décret du 18 mars 1924 et décret n°84-1007 du 15 novembre 1984 instituant auprès des commissaires de la République de région une commission régionale du patrimoine historique, archéologique et ethnologique, JORF, 17 novembre 1984. A la suite de la loi du 27 février 1997, cette commission fusionna avec le collège régional du patrimoine et des sites et devint la commission régionale du patrimoine et des sites.

L'activité de consultation que les Corephae exercent auprès des préfets de région a fait l'objet d'orientations régulières de la part de l'administration centrale. Il est intéressant de constater que ces directives sont beaucoup plus explicites que celles que l'administration centrale s'adresse à elle-même.

La directive donnée en exemple à la section précédente en matière de parcs et jardins fait l'objet d'une formulation particulièrement précise lorsque le ministère s'adresse, sur ce thème, à ses organes déconcentrés. Dans une circulaire du 26 septembre 1990 *relative au fonctionnement et aux orientations des Corephae*, le directeur du patrimoine rappelle que « *l'effort de protection doit s'orienter vers les objectifs prioritaires qui demeurent au plan national, comme depuis plusieurs années, les jardins, le patrimoine rural, le patrimoine des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles* »<sup>83</sup>. Le directeur précise également que vis-à-vis des demandes de protection adressées par des particuliers « *les priorités nationales et régionales en matière de protection devraient être mieux reprises par les Corephae* ».

Par ailleurs, s'il n'est pas dit que les commissions ne puissent élaborer leurs propres directives de consultation, celles-ci doivent s'inspirer des directives nationales. C'est ce qui ressort du dernier alinéa de l'article 1 du décret créant ces commissions qui indique que les Corephae peuvent proposer des « *orientations pour la mise en œuvre à l'échelon régional de la politique nationale en matière d'étude, de protection et de conservation du patrimoine historique, archéologique et ethnologique* ». En outre, dans la circulaire du 24 janvier 1985 *relative aux missions générales des Corephae*, le ministre demande que les Corephae « *définissent un schéma directeur régional du patrimoine dont (la mise en œuvre sera proposée) dans le cadre des orientations de la politique du patrimoine définies au niveau national* »<sup>84</sup>. Le rapport d'activité, que les Corephae devaient remettre tous les ans (article 5 du décret) au ministre de la culture, pouvait permettre à ce dernier de vérifier que les orientations de leur travail de consultation cadraient bien avec les orientations nationales.

On notera qu'en France, toujours pendant cette période d'exclusivité normative, aucune attribution explicite de compétence de détermination concrète de l'intérêt public n'a été réalisée en faveur des collectivités territoriales (contrairement à ce qui est advenu en Italie, comme on va le voir immédiatement). Par conséquent, la question de

---

<sup>83</sup> Circulaire non parue au *JORF* mais publiée au *Rec.*, 115.

<sup>84</sup> *Rec.*, 96.

l'encadrement para-normatif des compétences de détermination concrète de ces collectivités ne se posait pas. L'exercice, par les collectivités territoriales françaises, de compétences de détermination concrète n'aura surtout lieu qu'à partir de la fin des années 1980 et la question de l'encadrement de celles-ci (par les collectivités locales elles-mêmes, par l'Etat ou par les deux) ne se posera qu'à ce moment-là (on l'étudiera au chapitre 3, section 1, paragraphe 1).

## **§ 2 *L'encadrement para-normatif par l'administration centrale d'Etat des compétences de détermination concrète attribuées par l'Etat aux instances infra nationales : les cas italiens***

Avant la réforme de 2001, la Constitution italienne prévoyait que les régions pouvaient exercer des compétences de détermination concrète de l'intérêt public (des fonctions administratives selon le vocabulaire juridique italien) à deux titres. Premièrement, les régions étaient « automatiquement » compétentes pour exercer les fonctions administratives qui correspondaient aux matières vis-à-vis desquelles la Constitution leur avait attribué une co-compétence normative : « *les fonctions administratives relatives aux matières énumérées à l'article 117 relèvent de la Région* » (article 118 ancien, alinéa 1). Ce principe n'était qu'une application de ce que la doctrine et la jurisprudence appellent le *principe de parallélisme* et qui peut très synthétiquement s'énoncer de la manière suivante : l'autorité compétente pour adopter une norme est compétente pour adopter les mesures d'application de cette norme. Deuxièmement, la Constitution prévoyait également que les régions pouvaient exercer les fonctions administratives qui leur avaient été déléguées par l'Etat : « *l'Etat peut par loi déléguer à la Région l'exercice d'autres fonctions administratives* » (article 118 ancien, alinéa 2).

Dans les années 1970, les régions se sont vues attribuer des compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels relatives à leur co-compétence normative reconnue par l'article 117 ancien ainsi que des compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels déléguées par l'Etat<sup>85</sup>. L'Etat a pu continuer à encadrer les fonctions administratives déléguées, car il en était

---

<sup>85</sup> Tous les lois et décrets cités dans ce paragraphe sont reproduits in ALIBRANDI (T.), NATOLI (G.), SILVESTRO (E.), *I beni culturali e ambientali. Legislazione statale e organizzazione regionale*, Le Monnier, 1983, 379.

toujours titulaire (A.). En revanche, il ne pouvait plus encadrer les fonctions administratives transférées car il n'en était plus titulaire (B.)

#### **A. L'encadrement para-normatif par l'administration centrale d'Etat des compétences de détermination concrète déléguées par l'Etat aux régions**

Les régions pouvaient exercer des compétences de détermination concrète dans des matières vis-à-vis desquelles elles ne disposaient pas de compétences législatives (qui restaient à l'Etat) si ces compétences leur avaient été déléguées par l'Etat (article 118 alinéa 2 ancien de la Constitution). Deux délégations de ce genre ont été réalisées en matière de biens culturels (1). Elles ont été encadrées par des mécanismes d'Etat *ad hoc* (2).

##### **1) Les deux principales fonctions administratives déléguées par l'Etat aux régions en matière de biens culturels**

La première délégation concernait des fonctions administratives en matière de biens livresques, *beni librari*. L'article 9 du décret du Président de la République du 14 janvier 1972 n.3 prévoyait que les régions étaient désormais compétentes pour procéder « *aux notifications d'important intérêt artistique ou historique* » relatives « *aux manuscrits, autographes, correspondances, documents importants, incunables, ainsi que les livres, les estampes et les incisions ayant un caractère de rareté et de prix* » de propriété privée <sup>86</sup>.

La seconde délégation était relative aux fonctions administratives en matière de biens environnementaux. L'article 82 du décret du 24 juillet 1977 n.616 délègue aux régions « *les fonctions administratives exercées par les organes centraux et périphériques de l'Etat pour la protection des beautés naturelles en ce qui concerne leur détermination concrète, leur tutelle et les sanctions qui y sont relatives (...)* ». L'article 82 se poursuit en donnant une énumération précise des fonctions administratives transférées.

##### **2) Les instruments d'encadrement para-normatif par l'administration centrale d'Etat des compétences de détermination concrète déléguées aux régions**

L'Etat a entendu encadrer de manière préventive l'exercice des fonctions administratives qu'il déléguait aux régions sur le fondement de l'article 118 alinéa 2 ancien de la Constitution. Le but de cet encadrement était, bien entendu, que ces dernières n'organisent pas le pouvoir discrétionnaire qu'induit l'exercice de ces fonctions autour de

---

<sup>86</sup> L'expression notification est employée par les rédacteurs du décret en tant que synecdoque pour "imposition de la servitude de protection", dont elle n'est que l'externalisation vis-à-vis du propriétaire.

quasi-normes qui leur seraient propres. La tâche était facilitée par le mécanisme même de la délégation car, à la différence de l'exercice des compétences transférées, l'exercice des compétences déléguées de la part du délégataire reste soumis au pouvoir d'orientation et de contrôle du délégant<sup>87</sup>. Cependant, le rapport de délégation ne s'analyse pas comme un rapport hiérarchique parfait, c'est-à-dire exercé au sein d'une même personne morale publique. Dans le cadre d'un rapport hiérarchique parfait le pouvoir de direction peut s'exercer sans même avoir été formulé. Le rapport de direction s'analyse comme un rapport hiérarchique imparfait, car exercé par une personne morale publique sur une autre personne morale publique. C'est la raison pour laquelle les décrets de 1972 et de 1977 ont pris soin de prévoir expressément deux instruments permettant à l'Etat d'éviter ce qui pour lui constituait un risque de concurrence para-normative.

Le premier instrument avait été créé pour encadrer l'exercice de toute compétence administrative déléguée de l'Etat aux régions sur le fondement de l'article 118 alinéa 2 ancien de la Constitution par le décret du président de la République n.616 du 24 juillet 1977. Le dernier alinéa de l'article 4 de ce décret, reconnaissait à l'Etat un pouvoir de direction, *potere di direzione* qui s'exerçait au moyen de l'adoption, par le gouvernement, de directives, *direttive*<sup>88</sup>. Le caractère obligatoire de ces directives a longtemps été discuté. L'article 8 de la loi de 1997 n.59 a précisé que les régions étaient « *tenues d'observer* » ces directives. Il s'agissait donc de directives obligatoires qui, en théorie, ne laissaient aux régions aucune marge d'utilisation "normatisante" de leur pouvoir discrétionnaire.

L'Etat pouvait ensuite se servir d'un instrument d'encadrement spécifique à la délégation consentie en matière de biens culturels. L'alinéa 2 de l'article 9 du décret du Président de la République du 14 janvier 1972 n.3 précité prenait soin de préciser que « *les fonctions administratives déléguées (en matière de biens livresques) par le présent article sont exercées par les organes régionaux conformément aux directives adoptées par l'organe d'Etat compétent* ». Là encore, le texte en question fait directement référence à un instrument d'encadrement "par le haut" de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

---

<sup>87</sup> Par exemple, CASSESE (S.), *Le basi ...*, op. cit., 177.

<sup>88</sup> Ainsi nommées par l'article 2, 3<sup>e</sup> alinéa, lettre e) de la loi du 23 juillet 1988 n.400 sur l'organisation de la présidence du Conseil.

## B. La question de l'encadrement para-normatif des compétences de détermination concrète transférées aux régions

A partir du moment où les régions à statut ordinaire ont été créées, l'Etat leur a transféré toutes les compétences de détermination concrète qu'il exerçait jusqu'alors dans le champ des compétences normatives régionales de l'article 117 de la Constitution. Comme on l'a dit, il ne s'agissait là que d'une simple application du principe de parallélisme <sup>89</sup>. Le décret du Président de la République du 14 janvier 1972 n.3 réalisa le transfert <sup>90</sup>. La question de l'encadrement para-normatif des compétences régionales de détermination concrète de l'intérêt public en matière de musées et de bibliothèques des collectivités locales ne se posa donc pas sous l'angle qui nous intéresse puisque l'Etat ne pouvait plus prétendre encadrer les compétences transférées. En outre, l'article 121 alinéa 4 de la constitution reconnaissait aux présidents de région un pouvoir « *d'orientation sur les fonctions administratives* » régionales. Elle se posa toujours à l'échelle des régions puisque celles-ci pouvaient soit décider d'exercer leurs compétences elles-mêmes et donc de les encadrer elles-mêmes (*mutatis mutandis*, c'est le cas du paragraphe précédent), soit de les déléguer à leur tour aux provinces ou aux communes et donc de les encadrer encore elles-mêmes grâce au mécanisme de la délégation (*mutatis mutandis*, c'est le cas du point B. de ce paragraphe).

Cependant, en voulant compléter et préciser les fonctions administratives précédentes, le décret du Président de la République du 24 juillet 1977 n.616 (articles 48 et 49) <sup>91</sup> attribua de nouvelles fonctions administratives aux régions en matière de mise en valeur et de promotion des biens culturels. Or, ces nouvelles attributions étaient ambiguës à deux titres <sup>92</sup>. Premièrement, les compétences de détermination concrète attribuées aux régions en matière de mise en valeur (et dans une moindre mesure de promotion) relevaient

---

<sup>89</sup> Pour reprendre les termes utilisés par les théoriciens du fédéralisme, il s'agissait d'une situation d'administration dualiste : CROISAT (M.), *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 1995, 2<sup>e</sup> ed., Montchrestien, 66.

<sup>90</sup> Article 7 : « *les fonctions administratives des organes centraux et périphériques de l'Etat en matières de musées et bibliothèques des collectivités territoriales sont transférées aux régions* ».

<sup>91</sup> Lui-même adopté en fonction des critères indiqués par la loi du 22 juillet 1975 n.382 *normes sur l'organisation régionale et sur l'organisation de l'administration publique*.

<sup>92</sup> L'article 48 du décret du 24 juillet 1977 n.616 qu'on vient de citer faisait référence aux « *fonctions administratives des régions et des collectivités locales en matière de protection et de valorisation du patrimoine historique, livresque, artistique, archéologique, monumental, paleo-ethnologique et ethno-anthropologique seront établies par la loi sur la protection des biens culturels à adopter avant le 31 décembre 1979* » et l'article 49 indiquait que « *les régions (...) exercent des activités de promotion éducative et culturelle relevant principalement de la communauté régionale, soit directement soit en soutenant des établissements, institutions, fondations, sociétés régionales ou sociétés à participation majoritaire de collectivités locales ou de consortia de collectivités locales* ». En outre « *les fonctions administratives concernant les institutions culturelles d'intérêt local oeuvrant sur territoire régional et concernant à titre principal la collectivité régionale sont transférées aux régions* ».

partiellement de l'Etat même si dans ce domaine il ne disposait d'aucun monopole <sup>93</sup>. En outre, les notions de valorisation et de promotion des biens culturels n'étaient pas clairement définies. Le décret n.616 de 1977 faisait référence à une loi sur la protection des biens culturels qui les aurait précisées. Cette loi aurait dû intervenir au plus tard à la fin de 1979 mais elle n'a jamais été votée. La seconde ambiguïté n'était pas la moindre car ces attributions ne pouvaient être que difficilement analysées en terme de transfert. Le transfert suppose en effet que les compétences transférées existassent déjà. Or de telles compétences n'existaient pas auparavant. L'Etat n'en avait jamais véritablement exercé pour la bonne et simple raison qu'il n'avait pas adopté de normes en matière de valorisation <sup>94</sup>. Les compétences attribuées aux régions ne pouvaient donc pas être analysées comme des compétences d'application de normes inexistantes. La conclusion est que la création des nouvelles compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels a été concomitante à leur attribution aux régions.

La question de l'encadrement para-normatif de ces compétences régionales de détermination concrète de l'intérêt public en matière de valorisation et de promotion des biens culturels s'est posée de manière inédite. La généralité des termes qui ont présidé à leur attribution par l'Etat a fait que, en prenant appui sur leurs compétences de détermination concrète, les régions ont été tentées de forger elles-mêmes et d'imposer leur propre encadrement de leurs propres compétences. Le droit en vigueur les y encourageait par défaut à exercer une activité para-normative dans ce domaine. Il n'existait pas de norme nationale en matière de valorisation <sup>95</sup>. Il n'existait pas non plus de normes régionales puisque les régions ne disposaient pas à l'époque de compétence dans cette matière, autre que de détermination concrète, ce qui était bien paradoxal. Il est d'ailleurs peu probable que les régions, surtout les régions les plus engagées dans les revendications patrimoniales comme la Lombardie, n'aient pas exercé leurs fonctions administratives en matière de valorisation sans avoir préalablement élaboré, sous quelle que forme que ce

---

<sup>93</sup> On rappellera seulement que la loi du 1<sup>er</sup> juin 1939 n.1089 avait deux objectifs : la protection des biens culturels (*tutela*) et leur *godimento pubblico*, c'est-à-dire leur jouissance de la part du public (accès, visite, ...). La jouissance de la part du public au sens de la loi de 1939 n'était qu'un genre de l'espèce valorisation, apparue dans les années 1960 et 1970 et dont la définition était toujours de plus en plus large.

<sup>94</sup> A l'exception des normes de la loi du 1<sup>er</sup> juin 1939 n.1089 en matière de *godimento pubblico* qui étaient absolument insuffisantes pour donner lieu à des mesures d'application dans une matière aussi large que la mise en valeur.

<sup>95</sup> Aucune n'a d'ailleurs été adoptée en trente ans, c'est-à-dire entre la création des régions et la réforme constitutionnelle de 2001. C'est cette dernière réforme qui a créé une compétence normative partagée entre les régions et l'Etat en matière de mise en valeur des biens culturels.

soit, des directives régionales <sup>96</sup>. En outre, L. Bobbio, observateur de longue date du fonctionnement concret de la politique des biens culturels en Italie, estimait que les fonctionnaires régionaux chargés de la culture et des biens culturels « *poursuivaient désormais des programmes d'intervention de manière stable* » <sup>97</sup>.

L'Etat était conscient du danger que cette concurrence para-normative créait pour lui. Mais il était lui-même dans une position délicate car il ne disposait pas (lui non plus) de compétences normatives en matière de valorisation ou de promotion des biens culturels comme on vient de le voir. Les *actes d'orientation et de coordination des activités administratives régionales*, créés en 1970 par la loi même qui avait donné vie aux régions à statut ordinaire, permettaient pourtant à l'Etat d'encadrer toutes les activités administratives régionales, y compris celles qu'il avait transférées <sup>98</sup>. Il aurait pu utiliser de tels actes pour encadrer les fonctions administratives exercées par les régions en matière de mise en valeur et de promotion des biens culturels <sup>99</sup>. Mais la cour Constitutionnelle lui imposa une base légale pour les adopter <sup>100</sup>. Il semble qu'à défaut de cette base l'Etat n'ait pas adopté d'actes de ce genre dans le domaine qui nous intéresse <sup>101</sup>.

Pour conclure cette section, on dira que les cas d'attribution de compétence de détermination concrète en matière de biens culturels à des instances différentes de l'administration centrale d'Etat, intervenues à la fin de la période d'exclusivité normative et d'application des normes de l'Etat, ont été accompagnés de mécanismes permettant à l'administration centrale d'Etat d'en encadrer l'exercice. Dans le cas de la déconcentration française et dans le cas de la délégation italienne, l'encadrement du pouvoir de

---

<sup>96</sup> Il est toutefois difficile d'obtenir des données relatives aux politiques patrimoniales des régions. On trouve quelques indications in BESSONE (M.), "Programmazione regionale e tutela dei beni culturali", *FA*, 1975, V, 34, MARRONI, "I rapporti fra Stato e sistema delle autonomie locali nella politica dei beni culturali", in AA.VV., *I beni culturali in Italia*, vol. I, Camera dei deputati, Roma, 1992, 246, LEON (P.), "I conflitti e il coordinamento : l'evoluzione degli anni '80 e analisi dei casi di studio", AA.VV., *I beni culturali in Italia, op. cit.*, 279, PIRAINO, "Le funzioni e le politiche delle regioni e delle province in materia di beni culturali", *Nuovo gov. loc.*, n.3, 1992, 59. Les programmes régionaux sont plus faciles à repérer lorsqu'ils sont adoptés sous forme de lois régionales ; mécanisme discutable du point de vue de la compétence normative régionale. Voir par exemple, la loi n. 58 de 1985 du Val d'Aoste relative au *financement d'un programme extraordinaire de travaux de restauration d'édifices monumentaux*.

<sup>97</sup> BOBBIO (L.), "La politica dei beni culturali in Italia", in BOBBIO (L.) (a cura di), *La politica dei beni culturali in Europa*, il Mulino, 1992, 149-214, 164.

<sup>98</sup> Article 17, alinéa 1, lettre a) de la loi du 16 mai 1970 n.281, modifié par l'article 3 de la loi du 22 juillet 1975 n.382 et par l'article 2, alinéa 3, lettre d) de la loi du 23 juillet 1988 n. 400. A ce sujet, MELLONCELLI (A.), "Indirizzo e coordinamento delle attività amministrativa regionale", *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989.

<sup>99</sup> PIERGIGLI (V.), "I beni culturali nell'ordinamento delle regioni", in MEZZETTI (L.) ed., *I beni culturali. Esigenze unitarie di tutela e pluralità di ordinamenti*, Cedam, 1995, 104-105.

<sup>100</sup> Corte cost. 150/1982, 201/1987 et 398/1989.

<sup>101</sup> Du moins, il n'a pas été retrouvé de trace de tels actes. Bien entendu, cela ne veut pas dire qu'il n'y en a pas eu.



détermination concrète (du pouvoir discrétionnaire) respectivement attribué aux administrations d'Etat déconcentrées françaises et aux administrations régionales italiennes, se justifie par l'existence d'un pouvoir hiérarchique complet en France puisqu'on reste au sein de la même personne morale qui est l'Etat, et par l'existence d'un pouvoir hiérarchique incomplet en Italie fondé sur la délégation de compétence d'une personne morale publique (l'Etat) à d'autres personnes morales publiques (les régions). En revanche, dans le cas du transfert italien cet encadrement n'existe pas. Cette absence ne s'explique pas par un affaiblissement de la volonté étatique de contrôle mais seulement parce que les situations juridiques en cause ne le permettaient pas. Les régions sont devenues les titulaires exclusifs de la compétence en matière de musées et bibliothèques des collectivités territoriales et c'est une obligation constitutionnelle pour l'Etat que de ne pas intervenir dans la manière dont elles l'organise. Dans le dernier cas, l'Etat ne peut pas intervenir car il lui manque la base légale *ad hoc*.

#### Conclusion du chapitre

Ce chapitre a apporté deux éléments à notre démonstration. Premièrement, il a mis en lumière l'existence d'un espace "normatisable" né de l'imprécision des critères normatifs. Deuxièmement, il a montré que cet espace était "normatisé" par l'administration centrale d'Etat lorsqu'elle encadrait le pouvoir discrétionnaire (le pouvoir de détermination concrète de l'intérêt public), qu'il s'agisse de son propre pouvoir discrétionnaire ou du pouvoir discrétionnaire d'une autre administration. Le monopole de l'Etat s'étendait donc non seulement aux normes mais également aux dispositions para-normatives.

Mais une question se pose alors : l'Etat pourra-t-il continuer à encadrer le pouvoir de détermination de l'intérêt public en matière de biens culturels lorsque la coïncidence du titulaire du pouvoir normatif et du titulaire du pouvoir d'application (toujours l'Etat), s'amenuisera avec les transferts de plus en plus étendus de pouvoir de détermination concrète aux collectivités territoriales et avec la disparition des pouvoirs de subordination qui permettaient à l'Etat d'orienter les compétences ou les fonctions dont, selon une formule juridique ou une autre, il confiait l'exercice aux collectivités territoriales ?

## Conclusion du titre I

Les lois patrimoniales françaises et italiennes n'ont pas donné de définition du bien culturel ou en ont donné une définition ouverte que remplit continuellement l'administration en définissant concrètement l'intérêt public jour après jour. Cela aboutit à une situation dans laquelle l'intérêt public semble être déterminé par la seule puissance administrative. L'existence d'un niveau légal avec ses vagues critères ne semble avoir servi qu'à légitimer une action déjà entamée historiquement et encadrer cette même action dans des règles *minima*. Nombreux sont les observateurs qui se félicitent de cette situation en notant la longévité des lois en vigueur dans le domaine de la protection des biens culturels, longévité dont ils font une preuve de qualité <sup>102</sup>. La qualité des vieilles lois, qui n'exclut pas les nécessaires mises à jour, est indéniable. Mais si ces lois ne sont guère mises en cause c'est aussi parce qu'elles ne présentent pas tous les enjeux normatifs. A notre avis, beaucoup d'enjeux normatifs se situent au-dessous du niveau légal dans la manière dont les critères légaux sont transformés en critères d'action. C'est aussi par là que l'exclusivité de l'Etat va être mise en cause.

---

<sup>102</sup> Pour la France, parmi d'autres, SAINT-PULGENT (M. de), *Le gouvernement de la culture*, Gallimard, 1999, 221 ss. et pour l'Italie, parmi d'autres, FERRI (P.L.) intervention au colloque *Un governo per i beni culturali. Amministrazione centrale, riforma federale, autonomie locale nella prospettiva della Unione europea*, 14 marzo 1997, Consiglio regionale della Toscana ed altri.

## **Titre II La mise en cause de l'exclusivité de l'Etat en matière d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels**

L'objet de ce titre est l'étude des mises en cause dont l'exclusivité de l'Etat dans le domaine de l'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels fait l'objet à partir des de la fin des années 1980.

Ces mises en causes proviennent d'instances juridiques devenues compétentes (ou ayant élargi leurs compétences antérieures) pour procéder aux identifications abstraites, c'est-à-dire pour adopter des normes ou des para-normes, dans le domaine qui nous intéresse. Ces instances juridiques sont d'une part les instances supra nationales et d'autre part les instances infra nationales. Les deux dépendent de l'Etat quant à leur existence (du moins, parmi les instances internationales, les instances internationales gouvernementales). Elles en dépendent de moins en moins quant au contenu des normes qu'elles adoptent.

Certaines mises en cause ont été concédées par l'Etat car elles proviennent de compétences normatives qu'il a lui-même remises à ces instances en fonction de facteurs divers (chapitre 3). L'Etat est au moins indirectement à l'origine de leur contenu. Vis-à-vis des instances internationales l'Etat a d'autant plus attribué de compétences de ce genre qu'il y voyait un avantage.

En revanche, d'autres mises en cause sont subies. Le lien qui relie l'Etat aux instances qui sont à l'origine de cette seconde catégorie de mises en cause (des instances supra nationales) est trop ténu ou même inexistant pour qu'il puisse être à l'origine, même indirectement, du contenu des normes et surtout des para-normes qu'elles adoptent (chapitre 4).

### **CHAPITRE 3 LES MISES EN CAUSES DE L'EXCLUSIVITE DE L'ETAT CONCEDEES PAR L'ETAT**

Les compétences partielles d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels exercées par d'autres instances que les Etats (on va voir à la suite de quels mécanismes) se répartissent en compétences concurrentes et en compétences non concurrentes. Les compétences concurrentes sont celles qui résultent d'un transfert vers ces instances de compétences antérieurement exercées par l'Etat et vis-à-vis desquelles l'Etat conserve une marge de manœuvre (section 1). Les compétences non concurrentes sont des compétences qui n'avaient jamais existé auparavant, et donc qui n'avaient jamais été exercées par les Etats. Elles ont été créées pour être exercées par des instances différentes de l'Etat, des instances supra nationales (section 2).

#### **Section 1 Les mises en cause résultant de transferts de compétence d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels de l'Etat vers d'autres instances infra et supra nationales**

La distinction à mettre en œuvre est simple. Des transferts ont lieu en direction d'instances infra nationales (§ 1) et en direction d'instances supra nationales (§ 2).

##### ***§ 1 Les transferts de compétences d'identification abstraite à des instances infra nationales***

Après avoir brièvement rappelé les raisons qui sont à l'origine de ces transferts (A.), on présentera les deux formes juridiques qu'ils revêtent. La première est directe, c'est celle par laquelle des instances infra nationales exercent certaines compétences normatives à la place de l'Etat (B.). La seconde est indirecte, c'est celle par laquelle des instances infra-nationales, en encadrant leurs compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels, exercent un pouvoir para-normatif qui peut concurrencer celui de l'Etat (C.).

## A. Les raisons de ces transferts

Deux principales raisons peuvent être dégagées. Elles sont communes à la France et à l'Italie, même si pour chaque pays elles interviennent à des degrés différents. Il s'agit de l'affaiblissement de l'Etat-nation (1) et de la montée en puissance des instances infra nationales (2).

### 1) L'affaiblissement de l'Etat-nation

On sait qu'historiquement toute une partie de l'œuvre de construction de la nation par l'Etat a été consacrée à l'édification d'une mémoire et d'une identité nationales. Parmi d'autres historiens de cette construction, P. Rosanvallon déclare que «(C)onstruire la nation, c'est aussi pour l'Etat contribuer à lui donner un visage sensible, inscrit dans le temps. Car il n'y a pas de nation sans mémoire»<sup>1</sup>. P. Nora, maître d'œuvre de l'entreprise éditoriale des *Lieux de mémoire*, ajoute que pendant une longue période l'Etat a cherché à élaborer une seule mémoire collective et que les instruments de cette mémoire unique ont été l'histoire nationale et le patrimoine national. Les sept volumes des *Lieux de mémoire* ont eu précisément pour but de dresser l'inventaire des moyens par lesquels l'Etat a réalisé la «construction autoritaire de la mémoire historique»<sup>2</sup>. L'intervention étatique a abouti à une identification des monuments historiques à la nation, et ce à un point tel qu'aux deux termes de l'équation classique "Etat égale nation" il était possible d'en rajouter un troisième pour aboutir à l'équation suivante "nation égale Etat égale patrimoine".

En Italie, l'équation précédemment esquissée entre Etat, nation et patrimoine se vérifia également. Selon l'historien de l'art G.C. Argan, l'histoire de la protection marque le « passage progressif des valeurs de la culture, des cours et des églises à la Nation »<sup>3</sup>. Mais sa réalisation, entamée dans un contexte différent, emprunta d'autres chemins et s'observa aussi plus tardivement qu'en France. Quoi qu'il en soit A. Emiliani estime que le début du XX<sup>e</sup> siècle, époque à laquelle les lois de protection de 1902 et de 1909 ont été adoptées, était profondément marqué par, selon son expression, le « *nationalisme archéologique* »<sup>4</sup>.

En conséquence, en France et en Italie, les premières mesures de protection ont été concentrées sur les monuments qui illustraient, représentaient, et même formaient la nation ou

---

<sup>1</sup> ROSANVALLON (P.), *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, [1990], 1992, 370, 109.

<sup>2</sup> NORA (P.), "La nation-mémoire", *Les lieux de mémoire*, t.II, *La Nation*, vol. \*\*\*, Sous la direction de P. NORA, Paris, Gallimard, 1986, 647-658, 655. L'entreprise d'une sélection des lieux de mémoire a également été réalisée en Italie : ISNENGHI (M.) (a cura di), *I luoghi della memoria*, 3 voll., Laterza, Bari-Roma, 1996-1997. Sur la construction de la nation par l'Etat et sur la structuration réciproque de l'Etat par la nation, CHEVALLIER (J.), "L'Etat-nation", *RDP*, 1981, 1271-1302.

<sup>3</sup> Cité par G. Galasso in *Economia della cultura*, 1992, n°3, 8.

<sup>4</sup> EMILIANI (E.), "Musei e museologia" in *Storia d'Italia*, Einaudi, Torino, 1973, vol. 5, t.2, 1265.

l'une de ses versions: la patrie. Le patrimoine a donc été, à l'origine, le plus souvent défini en fonction de la seule nation. En présidant à la définition de ce qui devait être protégé, car présentant un intérêt national, l'Etat excluait tout autre lien de mémoire.

La crise du sentiment national, entamée de manière visible à la suite de la seconde guerre mondiale, a fait sentir ses effets en matière de patrimoine culturel. Pour le juriste et anthropologue N. Rouland « *nous reconstruisons notre passé parce que nous vivons la dissolution du mythe national qui le liait à notre présent par la médiation révolutionnaire* »<sup>5</sup>. On rencontre le même écho chez P. Nora pour qui la « *sédimentation nationale de la mémoire, qui s'est nouée autour de l'Etat, une histoire entièrement déroulée sous l'horizon de l'Etat nation, n'est plus capable de rendre compte* »<sup>6</sup>. A ce moment-là, si le patrimoine continue d'être qualifié de national, cette qualification n'est plus que formelle. Le patrimoine est devenu culturel<sup>7</sup>. Il n'est plus dépositaire d'une seule valeur (la valeur nationale) mais il en exprime au contraire plusieurs (valeur d'art, valeur d'histoire, valeur de mémoire, ...) <sup>8</sup>.

Dans son ouvrage posthume *La mémoire collective* qui date de 1950, M. Halbwachs évoque, à côté des mémoires individuelles, l'existence de mémoires collectives<sup>9</sup> : « *(S)i par mémoire historique, on entend la suite des événements dont l'histoire nationale conserve le souvenir, ce n'est pas elle, ce ne sont pas ses cadres qui représentent l'essentiel de ce que nous appelons la mémoire collective. Mais entre l'individu et la nation, il y a bien d'autres groupes, plus restreints que celle-ci, qui aussi, ont leur mémoire et dont les transformations réagissent bien plus directement sur la vie et la pensée de leurs membres* »<sup>10</sup>. Le sociologue ajoutait que « *(T)oute mémoire collective a pour support un groupe limité dans l'espace et dans le temps* »<sup>11</sup>. C'est en se plaçant délibérément dans la lignée de M. Halbwachs que P. Nora dira que « *il y a autant de mémoires que de groupes ; que (la mémoire) est par nature, multiple et démultipliée, collective, plurielle et individualisée* »<sup>12</sup>. Aujourd'hui on constate d'une part, la démultiplication des mémoires collectives accompagnée par la "création" de

---

<sup>5</sup> ROULAND (N.), *L'Etat français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, O. Jacob, 1995, 340.

<sup>6</sup> NORA (P.), "La nation-mémoire", *op. cit.*, 655.

<sup>7</sup> M. Agulhon a fait remarquer que « *en 1914, les Français étaient unis dans la conscience nationale, et divers dans les comportements culturels, alors qu'aujourd'hui ils sont divers et divisés par rapport au National, mais plus unis dans les comportements culturels* », AGULHON (M.), "La fabrication de la France, problèmes et controverses" in *L'autre et le semblable*, SEGALIN (M.) sous la direction de, Paris, Presses du CNRS, 1989, 109-120, 120.

<sup>8</sup> FABRE (D.), "Introduction", BROMBERGER (C.), "Ethnologie, patrimoine, identités : Y a-t-il une spécificité de la situation française ?", in FABRE (D.) (sous la direction de), *L'Europe entre cultures et nations*, Paris, Editions de la maison des sciences de l'homme, 1996, 1-6, 9-23.

<sup>9</sup> HALBWACHS (M.), *La mémoire collective*, [1950], 2<sup>e</sup> ed., PUF, 1968, 201.

<sup>10</sup> *Idem*, 67.

<sup>11</sup> *Idem*, 75.

<sup>12</sup> NORA (P.), "Introduction", *Les lieux de mémoire*, 1<sup>er</sup> vol., Gallimard.

patrimoines particuliers et d'autre part, une objectivisation de l'histoire qui cherche à être plus impersonnelle dans son rapport avec le passé.

En outre, l'ethnologie, qui accentue toujours la contingence des mentalités, a montré comment, sur un même espace, s'entrecroisaient plusieurs échelles de phénomènes culturels et patrimoniaux: supranational, national, régional, local, micro-local. L'affaiblissement du centre et le développement de nouvelles références, plus ou moins indépendantes du cadre habituel que constitue la nation, sont autant d'indices qui légitimeraient l'apparition de compétences nouvelles, plus diffuses et imputées à d'autres personnes qu'à l'Etat <sup>13</sup>.

## 2) La montée en puissance des instances infra nationales

Par instances infra nationales on considère ici les collectivités territoriales qui peuvent avoir vocation à exercer des compétences normatives en matière de biens culturels. Il s'agit donc principalement des régions italiennes et des régions françaises.

Il n'entre pas dans la logique des développements de tracer, même sommairement, une histoire de la création et du développement des régions en Italie et en France dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle <sup>14</sup>. On signalera seulement la différence fondamentale qui existe entre les deux. L'Italie a été un Etat régional en théorie de 1948 aux années 1970, puis un Etat régional en pratique des années 1970 à 2001 et depuis 2001 c'est une République fédérative dans laquelle les régions disposent d'une compétence législative de principe. La France est un Etat centralisé où il n'a jamais été question de régionalisme et encore moins de fédéralisme. Les régions n'ont été créées qu'en 1982 et aucune compétence normative ne leur a jamais été accordée. Quoi qu'il en soit, les régions françaises et les régions italiennes sont des créations récentes qui doivent en permanence affirmer leur existence face à l'Etat.

Cette affirmation passe bien souvent par la mise en place de politiques identitaires dont le but ultime est de prouver qu'en représentant une identité particulière, autre que l'identité nationale, une instance infra étatique est apte à exercer une légitimité politique de plein droit <sup>15</sup>. Ces identités sont tantôt reconstruites (c'est surtout le cas en Italie où de nombreuses régions correspondent à d'anciens Etats préunitaires ou à des subdivisions de ceux-ci) ou tantôt construites tout court (c'est surtout le cas en France où de nombreuses

---

<sup>13</sup> CHIVA (I.), "Conclusion. Les ethnologies de l'Europe : traditions, politiques, perspectives", in FABRE (D.) (sous la direction de), *L'Europe entre cultures et nations*, op. cit., 335-342.

<sup>14</sup> CASSESE (S.), "Centro e periferia in Italia. I grandi tornanti della loro storia", *RTDP*, 1986, 594-612 ; KEATING (M.), *State and Regional Nationalism. Territorial Politics and the European State*, Harvester Wheatsheaf, New York, 1988, 273 ; ZILLER (J.), *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des douze*, Montchrestien, 1993 ; KEATING (M.), *The New Regionalism in Western Europe. Territorial Restructuring and Political Change*, E. Elgar, 1998.

<sup>15</sup> EISENSTADT (S.N.) GIESEN (B.), "The construction of collective identity", *Archives européennes de sociologie*, 1995, 1, 72.

régions n'ont été construites que par agrégation de départements limitrophes). De même que l'Etat s'était souvent appuyé sur des facteurs culturels pour créer ou pour renforcer l'identité nationale <sup>16</sup>, les régions construisent ou reconstruisent leurs identités en s'appuyant sur d'autres facteurs culturels <sup>17</sup>. Parmi ces facteurs le patrimoine culturel tient une place qui est loin d'être négligeable. C'est ce que démontrent les contributions présentées dans l'ouvrage *Regional and National Identities in Europe in the XIXth and XXth Centuries* : les monuments historiques ainsi que le langage et d'autres biens symboliques ont joué un rôle fondamental dans la cohésion et dans la structure des sociétés nationales, régionales et même locales <sup>18</sup>. Dans un travail portant sur la comparaison des politiques culturelles contemporaines de quatre régions européennes (Catalogne, Rhône-Alpes, Lombardie, Bade-Wurtemberg), M. Pongy et G. Saez ont montré que deux grands axes de politique culturelle s'offraient aux régions qui cherchaient à affirmer leur identité face à l'Etat-central : une action en faveur du patrimoine et une action en faveur de la création contemporaine <sup>19</sup>. C'est en général la première qui était choisie car la politique en faveur de l'art contemporain n'était pas assez consensuelle et ne débouchait pas sur une visibilité nette pour la région. Mais pour définir leurs politiques patrimoniales les régions ont dû trouver d'autres approches que celles suivies par l'Etat.

On se bornera ici à analyser les nouvelles approches mises en œuvre par les seules régions italiennes pour deux raisons. Premièrement, ces approches sont plus anciennes que celles des régions ou des départements français. Deuxièmement, et surtout elles s'appuient sur une relecture et sur une conceptualisation nouvelle de la matière "protection des biens culturels". Alors que l'Etat ne percevait les biens culturels qu'à travers le critère esthétique ou (dans une moindre mesure) le critère historique qu'ils pouvaient présenter, les régions développèrent au contraire une approche anthropologique qui mit l'accent non pas sur l'intérêt que le bien présentait en lui-même mais sur la relation qu'un bien entretenait avec un territoire et avec la communauté qui s'y trouvait. Cette approche avait l'avantage de permettre aux régions une appropriation identitaire plus facile des biens culturels. Elle pouvait à terme participer à une création ou à une recréation de l'identité régionale. Corrélativement, alors que

---

<sup>16</sup> Selon F. Chabod, « les titres culturels servent de « documents justificatifs » pour justifier l'existence d'une nation et revendiquer son organisation politique (...) », CHABOD (F.), *L'idea di nazione*, Roma-Bari, Laterza, 1979, 67.

<sup>17</sup> Les régions françaises doivent d'ailleurs affirmer leur identité autant par rapport à l'Etat que par rapport aux départements. A propos des départements J.-M. Leniaud estime que « avec le temps, les départements ont près de deux siècles d'existence, ces personnes ont accumulé une histoire, une mémoire à la conservation de laquelle ils finissent par prétendre », LENIAUD (J.-M.), "Mémoire républicaine, mémoires plurielles", *Monuments historiques*, n°161, 1989, 29-35, 33.

<sup>18</sup> HAUPT (H. G.), MÜLLER (M. G.), WOOLF (S.) (ed.), *Regional and National Identities in Europe in the XIXth and XXth Centuries*, European Forum, European University Institute, Kluwer, 1998, 343. Dans le même sens, pour la France, POULOT (D.), "Des identités culturelles aux politiques de la culture", in DUBOIS (V.) ET POIRIER (P.), (Sous la direction de), *Politiques locales et enjeux culturels. Les clochers d'une querelle XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, La Documentation française, 1998.

<sup>19</sup> PONGY (M.), SAEZ (G.), *Politiques culturelles et régions en Europe*, L'Harmattan, 1994, 323.



l'importance accordée par l'Etat au critère esthétique le poussait bien souvent à négliger le contexte des biens culturels, les régions ont, au contraire, défendu une vision contextualiste dans laquelle le bien culturel n'acquiert véritablement tout son sens qu'en étant replacé dans le tissu des relations qui se sont établies avec le temps et dans lequel il était traditionnellement inséré <sup>20</sup>. De manière générale, les régions affirmaient une lecture sociale qui tranchait avec celle de l'Etat toute entière dirigée vers une protection au mieux scientifique au pire élitiste, en tout cas une approche qui ne se souciait pas suffisamment de son impact sur la population en général. La vision régionaliste des biens culturels poussait à un redimensionnement de la conservation qui perdait son statut de "fin en soi". Pour les régions, la conservation n'avait de sens que tant qu'elle permettait de porter le bien culturel à la connaissance du plus grand nombre possible de citoyens et qu'elle en facilitait l'abord et la lecture.

Les actions que, sur le fondement de cette approche nouvelle, les régions prétendaient exercer vis-à-vis des biens culturels avaient en outre l'avantage de s'inscrire dans les relatifs vides juridiques de la loi de 1939. Comme on l'a vu au chapitre précédent, la loi de 1939 n'ignorait pas la jouissance que le public devait retirer des biens culturels conservés et protégés. Mais cette jouissance publique ne se limitait qu'à des droits d'usage et de visite. En proposant une notion de la mise en valeur beaucoup plus large que celle de la jouissance publique, les régions tentèrent d'occuper la place vacante en revendiquant à leur profit, sinon exclusif du moins partagé avec l'Etat, des opérations de valorisation, c'est-à-dire, de tout ce qui n'entrait pas dans les compétences, cependant très larges, de l'Etat. Elles n'omettaient pas d'appeler en renfort deux articles de la Constitution : l'article 42 qui insistait sur le rôle social de la propriété et l'article 9 alinéa 1 qui fixait à la République la tâche de « *promouvoir le développement de la culture* ».

Ces revendications ont poussé l'Etat à approfondir les concepts sur lesquels reposaient sa propre action. En réponse aux régions qui considéraient qu'il était possible de concevoir la valorisation comme une notion autonome, distincte de la *tutela*, l'Etat affirma que la *tutela* était une et qu'elle englobait la valorisation <sup>21</sup>.

Les espoirs nourris par les régions ne furent pas satisfaits par l'Etat. En matière de valorisation, ce dernier ne transféra finalement que des fonctions administratives et non pas

---

<sup>20</sup> PITRUZZELLA (G.), "Commentario all'articolo 148 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n.112", *Le Regione*, 1998, 951-957, 953.

<sup>21</sup> Les éléments de ce débat sont exposés dans, entre autres, PIERGIGLI (V.), "I beni culturali nell'ordinamento delle regioni e delle autonomie locali", in MEZZETTI (L.) (a cura di), *I beni culturali. Esigenze unitarie di tutela e pluralità di ordinamenti*, Cedam, 1995, 79-162 ; VOLPE (G.), "Gli ordinamenti regionali. Tutela e valorizzazione nel decentramento regionale : profili generali", in ASSINI (N.), FRANCALACCI (P.) (a cura di), *Manuale dei beni culturali*, Cedam, 2000, 263-279 ; ALIBRANDI (T.), "Valorizzazione e tutela dei beni culturali : ruolo dello Stato", *Foro amministrativo*, 1998, 1635-1646.

les compétences normatives attendues. La réflexion théorique ne fut toutefois pas perdue. La notion autonome de valorisation portée par les régions fut "normativisée" par les réformes de la fin des années 1990 et par la révision constitutionnelle de 2001 au profit des régions mais sous le contrôle de l'Etat. L'Etat dut renoncer à sa conception unitaire de la *tutela*, scientifiquement défendable mais trop difficile à mettre en pratique.

Néanmoins, dès les années 1970, les régions n'avaient pas hésité à introduire dans leurs statuts des dispositions affirmant qu'elles disposaient des plus larges compétences en matière de biens culturels, compétences toutes virtuelles car elles allaient bien au delà de ce qui leur était constitutionnellement attribué <sup>22</sup>.

#### **B. Les attributions de certaines compétences d'identification abstraite à des instances infra nationales**

En Italie, l'article 117 de la Constitution reconnaissait dès 1948 aux régions une compétence d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de musées et de bibliothèques des collectivités locales, comme on l'a vu au chapitre 1. Il s'agissait d'une co-compétence normative partagée avec l'Etat. Cette compétence, bien peu étendue, n'a été mise en œuvre qu'à la fin des années 1970. Ce cas n'a plus, depuis les réformes intervenues entre 1997 et 2001, qu'une valeur historique, mais il reste intéressant à un titre : il montre comment les régions ont tenté par tous les moyens juridiques à leur disposition d'élargir cette compétence normative (1). Le nouvel article 117 issu de la révision constitutionnelle d'octobre 2001 reconnaît deux co-compétences d'identification de l'intérêt public en matière de biens culturels aux régions beaucoup plus larges que la précédente que d'ailleurs elles englobent (2).

En France, il existe un relatif consensus sur le maintien des compétences d'identification abstraite en matière de biens culturels. Même les propositions les plus favorables à une large décentralisation considèrent que cette dernière doit avoir lieu dans le respect des compétences normatives de l'Etat. La question du transfert de compétence d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels ne se pose que dans

---

<sup>22</sup> Citons quelques exemples de ces dispositions statutaires en allant du nord au sud de la Péninsule. Le statut de la Lombardie prévoit que « *la région, dans le cadre de ses compétences constitutionnelles (...) protège les valeurs du paysage et du patrimoine naturel, historique, artistique et culturel* » (article 3 alinéa 3). En Toscane, « *la région, dans l'exercice des fonctions et des pouvoirs conférés par la Constitution et en concours avec l'Etat et les collectivités locales (...) participe à la défense du paysage et du patrimoine historique et artistique de la Toscane (...)* » (article 4). En Campanie enfin « *la région promeut la pleine valorisation du paysage et du patrimoine historique et artistique, en tant que biens essentiels de la Campanie et participe à leur tutela* » (article 5). Les exemples cités sont tirés de PIERGIGLI (V.), "I beni culturali nell'ordinamento delle regioni e delle autonomie locali", *art. cit.*, 91 ss.

un cas très particulier, celui de l'accession de la Nouvelle-Calédonie, ancien territoire d'outre mer, au statut de pays à souveraineté partagé (3).

1) La tentative d'élargissement de la compétence d'identification abstraite des régions italiennes issues de l'article 117 ancien de la Constitution

On a vu au chapitre 1 que les *principes fondamentaux établis par les lois de l'Etat* auxquels faisait référence l'article 117 ancien et qui devaient encadrer les compétences législatives régionales auraient dû être définis par le législateur au moyen de lois-cadres. Or, ces principes n'ont été adoptés par le législateur ni dans le domaine des musées et des bibliothèques des collectivités locales ni dans aucun autre domaine de co-compétence législative des régions. L'article 17 de la loi du 16 mai 1970 s'est borné à préciser que la législation régionale concurrente « *s'exerçait dans les limites des principes fondamentaux tels qu'ils résultent des lois qui les établissent expressément pour chaque matière ou tels qu'ils se déduisent des lois en vigueur* » et à renvoyer à d'autres acteurs (les législateurs régionaux, le juge constitutionnel et la doctrine) le soin d'opérer *a priori* ou *a posteriori* les déductions nécessaires à partir de la législation nationale en vigueur <sup>23</sup>.

A partir du moment où elles furent finalement créées, au début des années 1970, les régions tentèrent d'étendre au maximum leur maigre compétence législative dans le domaine patrimonial (à savoir *les musées et les bibliothèques des collectivités locales*). Pour ce faire, elles ne se sont pas appuyées sur l'article 117 (ancien) de la Constitution mais sur l'article 47 du décret du Président de la République du 24 juillet 1977 n.616 qui précisait l'étendue des compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels que l'Etat avait transféré aux régions à statut ordinaire par le décret du président de la République du 14 janvier 1972 n.2, en application du principe de parallélisme (cf. chapitre 2). L'article 47 du décret de 1977 indiquait qu'étaient attribuées aux régions toutes les compétences de détermination concrète de l'intérêt public (fonctions administratives) en matière de « *services et activités relatifs à l'existence, la conservation, le fonctionnement, la jouissance publique et le développement des musées, des collections d'intérêt artistique, historique et bibliographique, des bibliothèques (...) ou de toute matière d'intérêt local, ainsi que leur coordination réciproque avec les autres institutions opérant dans la région (...)* » <sup>24</sup>. Les régions se sont littéralement emparées de l'expression « *toute matière d'intérêt local* » pour développer leur propre interprétation de leur compétence, selon laquelle tous les biens

---

<sup>23</sup> PALADIN (L.), *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, 1996, 332-333.

<sup>24</sup> Ces fonctions, poursuivait le décret, devaient être précisées dans une loi qui aurait dû être adoptée avant le 31 décembre 1979. La loi ne fut pas adoptée.

culturels correspondant au double critère posé par l'article 47 du décret de 1977 (appartenance à une région ou à une collectivité locale et intérêt local) relevaient de leur compétence en tant que *biens culturels d'intérêt local*<sup>25</sup>. Les régions estimaient que cette interprétation éclairait et justifiait la compétence normative relative aux musées et bibliothèques des collectivités locales qu'elles tiraient de l'article 117 ancien de la Constitution. Elles soulignaient en particulier la parenté entre le caractère local des musées et bibliothèques et le caractère local des biens culturels à la compétence desquels elles prétendaient. Cette tentative des régions pour élargir leur compétence normative fut favorisée par la situation de grande incertitude qui résultait de l'absence de lois-cadres contenant les *principes fondamentaux*, de la difficulté de déduire ces principes des lois en vigueur, vu qu'il n'existait pas de loi nationale en matière de musées et de bibliothèques, et de la non-adoption de la loi annoncée par le décret de 1977. La Cour constitutionnelle fut souvent appelée à trancher les inévitables conflits qui surgirent entre les régions et l'Etat. Ce faisant, plus que son rôle de juge, elle joua un rôle de législateur suppléant en l'absence des lois qu'on vient d'indiquer et elle entérina la distinction entre les biens culturels d'intérêt local et biens culturels d'intérêt national sans toutefois parvenir à trouver un critère répartiteur net et donc sans dessiner un contour précis de la notion de bien culturel d'intérêt local<sup>26</sup>. La doctrine s'y épuisa également. La notion était insaisissable. Un spécialiste des questions de protection comme F. Lemme n'hésita pas à écrire que cette notion « *comme le mythique "noeud gordien" ne pouvait être tranchée que par l'épée ou par la force charismatique de qui sait sans avoir besoin d'une conceptualisation préalable* »<sup>27</sup>.

Néanmoins, dès lors que la Cour constitutionnelle avait repris à son compte la distinction entre les biens culturels d'intérêt local d'une part et biens culturels d'intérêt national d'autre part, mise en avant par les régions, l'Italie se rapprochait d'une situation "à l'espagnole" où se côtoyaient deux patrimoines distincts et d'intérêt différent, le patrimoine

---

<sup>25</sup> L'article 47 du décret avait discrètement étendu la compétence des régions aux musées et bibliothèques des régions alors que l'article 117 ancien de la Constitution ne visait que ceux et celles des collectivités locales, c'est-à-dire des provinces et surtout des communes avec leurs *musei civici*.

<sup>26</sup> Ses décisions n'établissaient pas une véritable jurisprudence : Corte cost., 28 juillet 1988, n.921, *Giur. Cost.*, 1988, 1263-1275; Corte cost., 12 juin 1991, n.264, *Giur. Cost.*, 1991, 2131-2136 ; Corte cost., 12 juin 1991, n.278, *Giur. Cost.*, 1991, 2204-2216, et *Le Regioni*, 1992, 750 note G. CLEMENTE DI SAN LUCA, "Un altro piccolo passo nella definizione delle competenze in materia di beni culturali"; Corte cost., 10 juin 1993, n.277, *Giur. Cost.*, 1993, 1958-1966 et *Le Regioni*, 1994, 534 note G. CLEMENTE DI SAN LUCA, "Il restauro di beni culturali fra competenza tecnica e autonomia locale"; Corte cost., 25 juillet 1994, n.339, *Giur. Cost.*, 1994, 2789-2796.

<sup>27</sup> LEMME (F.), "Un nodo da sciogliere : i beni culturali di interesse locale", *Tra arte e diritto*, Allemandi, Torino, 1993, 191-195, 192.

national espagnol et les patrimoines régionaux<sup>28</sup>. Une telle évolution était lourde de concurrence normative pour l'Etat.

La distinction s'estompa cependant à partir des réformes intervenues à la fin des années 1990 : le décret législatif n.112/1998 (articles 148 à 154) sur lequel nous reviendrons et les nouvelles compétences normatives régionales en matière de mise en valeur issues de la réforme constitutionnelle de 2001. L'Italie s'éloigna dès lors de la bi-partition patrimoniale espagnole.

Quoi qu'il soit, dans la vingtaine d'années qui sépare l'adoption du décret de 1977 et les réformes de la fin des années 1990, la plupart des régions adoptèrent des lois régionales relatives à leurs propres musées et bibliothèques ainsi qu'à ceux et celles des collectivités locales. Les lois régionales vénète, toscane et émilienne peuvent sans doute être considérées comme des modèles du genre<sup>29</sup>. On notera au passage que ces lois régionales furent la première législation italienne relative aux musées en l'absence de lois nationales dans ce domaine. Les régions adoptèrent également des lois en matière de mise en valeur des biens culturels. Mais dans l'ensemble, l'imprécision absolue des frontières normatives, l'absence d'éclaircissement de la part du législateur national et les limites du rôle supplétif qu'on demandait à la Cour constitutionnelle de jouer, limitèrent fortement la politique normative en matière de biens culturels que les régions auraient pu exercer<sup>30</sup>. La relative absence de politique régionale en matière de biens culturels doit toutefois être imputée également mais partiellement aux régions elles-mêmes car beaucoup n'ont pas accompagné du suivi nécessaire le vote de leurs lois. Longtemps l'Etat a accusé les régions de ne pas ou de mal

---

<sup>28</sup> La Constitution espagnole parle d'une part du «patrimoine monumental présentant un intérêt pour la communauté autonome» et précise «les communautés autonomes pourront assumer des compétences» dans ce domaine (article 148.1.16), alors que d'autre part elle met l'accent sur l'unicité du patrimoine espagnol, soit pour attribuer à l'Etat une compétence exclusive en ce qui concerne «la protection du patrimoine culturel artistique et monumental espagnol contre son exportation et sa spoliation; (...)» (article 149.1.28), soit pour en tirer une règle générale: «Les pouvoirs publics garantiront la conservation et encourageront l'enrichissement du patrimoine historique, culturel et artistique des peuples d'Espagne et des biens qui le composent (...)» (article 46). Cette dernière disposition semblait ouvrir la voie à un mécanisme de compétences concurrentes plutôt qu'à une distinction tranchée entre deux patrimoines de nature différente. La loi nationale du 25 juin 1985 sur le Patrimoine historique espagnol et son décret d'application ont en revanche repris la distinction en établissant la compétence de l'Etat pour tout le patrimoine historique espagnol du moment qu'il n'existe pas de règles adoptées par les communautés autonomes et en limitant cette compétence à la seule partie nationale du patrimoine dès lors qu'intervient une législation autonome. Ni la loi de 1985, ni TROPEANO (E.), *Beni culturali e servizi per la cultura nelle politiche delle regioni e degli enti locali*, Roma, Formez, 1984, son décret d'application ne donnent de précisions sur la nature du patrimoine national par rapport à l'ensemble du patrimoine historique espagnol. Une sentence du Tribunal Constitutionnel a reconnu que l'Etat pouvait préserver le patrimoine culturel commun afin de réaliser des objectifs culturels qui n'ont pas pu l'être de la part d'autres instances (n°17/91 du 31 janvier 1991). Mais la cause déterminante de cet élargissement de la compétence de l'Etat est intervenue sur la base d'une opération d'interprétation du texte constitutionnel de la part du juge et non sur le fondement d'une réflexion sur la notion de patrimoine. En conséquence, le problème des critères de répartition entre les deux patrimoines reste entier.

<sup>29</sup> LR Vénétie, 5 novembre 1979, n.82, *Normes en matière de musées, bibliothèques de collectivités locales ou d'intérêt local* (...), *BU Veneto*, 9 novembre 1979, n°56 ; LR Toscane, 4 décembre 1980, *Normes en matière de musées et de collections des collectivités locales* (...), *BU Toscana*, 12 décembre 1980, n. 67 ; LR Emilie-Romagne, 9 mars 1990 n.20 *Normes en matière de musées des collectivités locales ou d'intérêt local*, *BU Emilia-Romagna*, 1<sup>o</sup> partie, 1990, n.22.

<sup>30</sup> POGGI (A.), "Dopo la revisione costituzionale : i beni culturali e gli scogli del 'decentramento possibile'", *Aedon*, 2002, n.1. Pour un bilan d'ensemble TROPEANO (E.), *Beni culturali e servizi per la cultura nelle politiche delle regioni e degli enti locali*, Roma, Formez, 1984.

utiliser leurs compétences normatives. Longtemps les régions ont rétorqué que l'Etat avait tout fait pour que ces compétences ne soient pas pleinement utilisables. Malgré les réticences de l'Etat et malgré l'usage tout relatif que les régions ont fait des compétences normatives dont elles bénéficiaient, ces dernières n'ont jamais abandonné leurs prétentions à l'obtention de compétences encore plus larges. La fin des années 1990 vit même une recrudescence de la pression qu'elles exerçaient non seulement sur le législateur ordinaire mais également sur le législateur constituant <sup>31</sup>.

## 2) L'élargissement des compétences d'identification abstraite des régions italiennes par le nouvel article 117 de la Constitution

La loi constitutionnelle du 18 octobre 2001 n.3 *Modification du titre V de la 2<sup>o</sup> partie de la Constitution*, entrée en vigueur à partir du 8 novembre 2001, a profondément transformé le système institutionnel italien <sup>32</sup>. L'Italie qui était jusqu'alors organisée sous forme d'Etat régional est devenue une république fédérative. Le nouvel article 114 proclame que « *La République est constituée des Communes, des Provinces, des Villes métropolitaines, des Régions et de l'Etat* » et que toutes ces instances « *sont des personnes morales de droit public autonomes (enti autonomi) qui disposent de leurs propres statuts, pouvoirs et fonctions selon les principes fixés la Constitution* ». La compétence du législateur national qui était illimitée devient limitée à des matières exclusives énumérées à l'article 117 alinéa 2. La compétence des législateurs régionaux qui était limitée devient illimitée (article 117 alinéa 4). Dans un troisième domaine législatif ont été regroupées des compétences partagées (ou concurrentes) entre le législateur national et les législateurs régionaux. Dans ces matières « *la compétence législative relève des régions, sauf pour la détermination des principes fondamentaux, réservée à la législation de l'Etat* » (article 117 alinéa 3) et les régions disposent également du pouvoir réglementaire (article 117 alinéa 6).

Cette réforme constitutionnelle élargit notablement les compétences d'identification abstraite de l'intérêt public des régions à statut ordinaire dans le domaine des biens culturels au détriment de celles de l'Etat (en apparence). Trois attributions de compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels de l'Etat sont en effet prévues à leur profit. La réforme en a réalisé une directement. Il s'agit de l'attribution de deux compétences concurrentes en matière de valorisation des biens culturels (a). Elle a ouvert la

---

<sup>31</sup> A titre d'exemple, voir les textes élaborés par la *Coordination inter-régionale en matière de biens et d'activités culturels* dont celui intitulé "Les régions et une nouvelle politique des biens culturels", reproduit in VOLPE (G.), *Il governo dei beni culturali*, ICI, Genova, 1996, 157 ss.

<sup>32</sup> Sur cette réforme voir le numéro spécial de la revue *Le Regioni*, n.6, 2001, le *Forum di Quaderni costituzionali*, 2001, et GROPPI (T.), OLIVETTI (M.) (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2001.

possibilité à l'Etat de réaliser les deux autres. Il s'agit tout d'abord du transfert, sous conditions, de compétences normatives en matière de *tutela* (b) et ensuite du transfert sous forme de délégation de la part de l'Etat de compétences réglementaires en matière de *tutela* (c). Dans un dernier point, la situation des régions à statut spécial sera examinée au regard du nouveau texte constitutionnel (d).

a) L'attribution de compétences législatives en matière de valorisation des biens culturels

La loi constitutionnelle a repris le principe d'une législation concurrente entre l'Etat et les régions dans le domaine de la valorisation des biens culturels qui figurait dans le projet de la commission bicamérale, tout en ajoutant d'autres possibilités <sup>33</sup>. Elle a rangé parmi les matières de compétence concurrente deux matières relatives aux biens culturels, l'une a trait à la « *valorisation des biens culturels et des biens d'environnement* » et l'autre à la « *promotion et organisation d'activités culturelles* » (article 117 alinéa 3). Les compétences régionales d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels ont donc été très élargies dans ce domaine. Leur compétence normative est d'autant plus large qu'elle inclut également le pouvoir réglementaire corrélatif (article 117 alinéa 6). Il faut toutefois bien garder à l'esprit qu'il s'agit d'une attribution et non d'un transfert. L'Etat n'est pas dessaisi au profit des régions. A ces dernières sont attribuées des compétences normatives qui n'existaient pas auparavant et qui ont été créées par la loi constitutionnelle n.3 du 18 octobre 2001 <sup>34</sup>. Cette attribution n'occasionne donc pas de perte de compétence normative pour l'Etat. Elle ouvre néanmoins la porte à de possibles concurrences entre les régions et l'Etat car les deux notions ne sont pas nettement définies <sup>35</sup>.

Dans un des premiers commentaires de cette réforme, A. Poggi soulignait que ces attributions ouvraient un champ de compétence sans doute plus large que celui dessiné par les seuls termes de l'article 117 alinéa 3 nouveau car, rappelait-elle, l'article 9 alinéa 1 de la Constitution met en effet à la charge de la République (c'est-à-dire toutes les instances de la

---

<sup>33</sup> Le projet de réforme constitutionnelle établi par la commission créée par la loi constitutionnelle n.1 du 24 janvier 1997, appelée *commission bicamérale* car elle était composée de membres des deux chambres, portait sur la refonte de la seconde partie de la Constitution italienne intitulée « *Organisation de la République* ». Le projet fut achevé à l'automne 1997 et transmis le 7 novembre au Président de la Chambre des députés et au Président du Sénat. Il n'eut pas d'effet dans l'immédiat mais il servit de fondement à la réforme constitutionnelle votée en octobre 2001. Le projet de la commission bicamérale était orienté dans le sens d'un fédéralisme mesuré. L'article 58 organisait la répartition des matières entre la compétence législative de l'Etat et celle des régions. L'alinéa 4 de cet article prévoyait que « *l'Etat et les régions légifèrent, chacun dans leur domaine propre, en matière de valorisation des biens culturels et d'environnement et en matière de promotion et d'organisation des activités culturelles* ». Mais d'autre part l'alinéa 1 de ce même article, qui énumérait les matières « *relevant de la compétence législative de l'Etat* », plaçait parmi ces dernières la « *tutela des biens culturels et d'environnement* » (lettre v).

<sup>34</sup> Les compétences en matière de mise en valeur des biens culturels n'existaient, comme on l'a vu au chapitre 3, que sous forme de fonctions administratives (selon le vocabulaire juridique italien), c'est-à-dire sous forme de compétences de détermination concrète de l'intérêt public selon l'expression qu'on utilise.

<sup>35</sup> On a vu que les fonctionnaires d'Etat estimaient souvent que la *tutela* pouvait parfois impliquer la valorisation. De leur côté on a vu également que les régions soutenaient des notions de *tutela* et de valorisation plus « étanches » entre elles.

fédération y compris bien sûr les régions et pas seulement l'Etat), la promotion « *du développement de la culture* »<sup>36</sup>. La compétence normative que l'article 117 alinéa 3 ouvre aux régions en matière de valorisation et de promotion des biens culturels peut donc être lue comme étant, en quelque sorte, une mesure d'application de l'article 9 alinéa 1.

b) Le transfert possible de compétences législatives en matière de *tutela*

Le dernier alinéa du nouvel article 116 de la Constitution permet à l'Etat, d'attribuer, à certaines régions, « *d'ultérieures et particulières conditions d'autonomie en matière de tutela des biens culturels* ».

Il est paradoxal que la Constitution prévoit des transferts de compétence normative en matière de *tutela* puisqu'on sait que l'Etat s'est littéralement "arc-bouté" sur son monopole d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels dans ce domaine.

Pour M. Cammelli, il s'agit d'une clause de diversification du droit des biens culturels qui doit être considérée comme supplétive par rapport aux autres clauses<sup>37</sup>. Elle ne devrait pas être revendiquée par les régions tant que celles-ci n'auront pas "intégré" les autres compétences transférées. La procédure de transfert est d'ailleurs très ardue. L'initiative relève des régions qui doivent consulter les provinces et les communes situées sur leur territoire. Sur le fond, les transferts qu'elles proposent doivent respecter les principes de subsidiarité, différenciation et adéquation. Les projets de transfert doivent ensuite faire l'objet d'un accord entre l'Etat et les régions. Enfin, le transfert est voté selon une procédure spéciale qui est celle de la majorité absolue des membres de chaque chambre.

c) Le transfert possible de compétences réglementaires en matière de *tutela*

Le nouvel article 117 de la Constitution, issu de la réforme de 2001, autorise « *l'Etat à déléguer aux régions sa compétence réglementaire sur les matières de compétence exclusive* » (alinéa 6). La *tutela* étant une matière de législation exclusive de l'Etat, ce dernier dispose désormais du pouvoir discrétionnaire de déléguer la compétence réglementaire qu'il exerce dans cette matière aux régions.

Cette nouvelle disposition appelle trois remarques. Premièrement, les règlements d'application des lois italiennes relatives aux biens culturels ont connu des péripéties pour le moins étranges qu'on a déjà eu l'occasion d'évoquer. Rappelons seulement ici que le

---

<sup>36</sup> POGGI (A.), "Dopo la revisione costituzionale", *art. cit.*

<sup>37</sup> CAMMELLI (M.), "Il nuovo Titolo V della Costituzione e la finanziaria 2002 : note", *Aedon*, 2002, n.1, 2.



règlement d'application de la loi de 1939 n'a jamais été adopté ; qu'en son absence s'appliquait le règlement de la loi de 1909 dans la mesure où il était compatible avec la loi de 1939 ; que le règlement d'application du texte unique n'a pas encore été lui-même adopté ; qu'en son absence, s'applique toujours le règlement d'application de la loi de 1909 (article 12 du texte unique). Il pourrait donc advenir que l'Etat n'adopte même jamais ce règlement et qu'il en délègue le pouvoir aux régions. Cette hypothèse est cependant peu probable. On peut plutôt s'attendre à ce que l'Etat adopte un règlement national sur certains points et qu'il charge les régions d'en adopter sur les points restants.

Deuxièmement, on notera que la Constitution détruit la réserve de règlement que le texte unique avait confié à l'Etat (article 12 du texte unique), même si elle n'impose pas que chaque région adopte son propre règlement.

Troisièmement, la Constitution n'a rien prévu en matière de procédure d'adoption de ces règlements régionaux <sup>38</sup>. Celle-ci relève désormais des choix de chaque région et peut figurer soit dans les statuts régionaux soit dans les lois régionales. Les procédures régionales peuvent très bien ne prévoir aucune consultation préalable, en tout cas, il est très peu probable qu'elle renvoient devant le Conseil d'Etat national. L'attention a été appelée sur le risque de baisse de la qualité juridique qui peut en résulter <sup>39</sup>.

Les trois volets de cette réforme ne constituent donc pas une dépossession normative de l'Etat. Le premier ne dessaisit l'Etat d'aucune compétence normative. Les deux autres pourraient le faire mais leur mise en œuvre dépend de l'Etat lui-même et elle n'est pas imposée par la Constitution.

#### d) La situation des régions à statut spécial au regard du nouveau texte constitutionnel

On sait que ces régions bénéficiaient, en fonction de l'ancien article 116 de la Constitution « *de formes et de conditions particulières d'autonomie selon des statuts spéciaux adoptés par loi constitutionnelle* ». Le nouvel article 116 reprend exactement la même formulation (alinéa 1). Comme on l'a vu au chapitre 1, les statuts de ces régions prévoient des compétences législatives en matière de biens culturels plus ou moins étendues. Mais ces compétences d'identification abstraite de l'intérêt public (régional) en matière de biens

---

<sup>38</sup> Le règlement national, c'est-à-dire, le toujours futur règlement d'application du texte unique de 1999, devrait, lui, suivre une procédure précise, celle commune à tous les règlements d'application des lois (article 17 alinéa 1 de la loi du 23 août 1988 n.400) : avis du Conseil d'Etat puis délibération du Conseil des ministres et enfin adoption par décret du Président de la République.

<sup>39</sup> DE ROBERTO (A.), "Il sistema delle fonti dopo la riforma del Titolo V della Costituzione", *Giust.it*, Articoli e note, n.10, 2002, 3.

culturels n'ont pas été véritablement exploitées. La seule loi régionale d'une certaine ampleur, la loi sicilienne du 1<sup>er</sup> août 1997 n.80, ne fait que reprendre, sur le fond, la loi nationale de 1939. La réforme constitutionnelle sera peut-être l'occasion pour les régions dont le statut spécial ne prévoit qu'une compétence normative limitée en matière de biens culturels, de proposer au Parlement national la révision de leurs statuts afin d'y introduire des compétences normatives exclusives. En effet, en maintenant sans changement leur statuts spéciaux, certaines régions disposent depuis 2001 de moins de compétences normatives en matière de biens culturels que les régions à statut ordinaire.

### 3) La question du transfert de compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels de la France à la Nouvelle-Calédonie

L'accord du 5 mai 1998 signé entre la France et la Nouvelle-Calédonie a fait de cette ancienne colonie et ancien territoire d'outre mer, un pays à souveraineté partagée <sup>40</sup>. Cet accord contenait une disposition selon laquelle « *les questions relatives au patrimoine culturel* » évoquées feront l'objet d'un accord d'application entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie dit « *accord particulier* » que l'Etat devrait proposer à la Nouvelle-Calédonie (point 1.3.5 de l'accord de Nouméa). Pour l'instant cet accord n'est pas encore intervenu. L'étendue du champ de cet accord prête à discussion. En matière de patrimoine culturel, l'accord de Nouméa n'aborde que cinq points : les noms de lieux (point 1.3.1), le retour des objets culturels kanaks en Nouvelle-Calédonie <sup>41</sup> (point 1.3.2.), les langues locales (point 1.3.3), le développement culturel (point 1.3.4.) et le centre culturel Tjibaou (point 1.3.5.). On pourrait donc penser que seuls ces cinq points feront l'objet de l'accord d'application et que la Nouvelle-Calédonie ne se verra attribuer que les compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels relatives à ces cinq points, ce qui est assez peu <sup>42</sup>. Les choses sont toutefois plus complexes. En effet, la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 qui organise la répartition des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie, n'évoque nulle part la compétence relative au patrimoine culturel. Cette compétence n'apparaît en effet ni dans les compétences qui restent à l'Etat (article 21 de la loi) ni dans les compétences attribuées à la Nouvelle-Calédonie (article 22) <sup>43</sup>. Cette absence pourrait être un

---

<sup>40</sup> JORF, n.121, 27 mai 1998. FABERON (J.-Y.), "L'accord de Nouméa du 21 avril 1998 : la Nouvelle-Calédonie, pays à souveraineté partagée", *Regards sur l'actualité*, mai 1998, 19-31.

<sup>41</sup> L'adjectif kanak désigne les objets issus de la culture indigène de l'archipel.

<sup>42</sup> En outre, l'accord de Nouméa faisait référence aux lois patrimoniales de l'Etat (point 1.3.1. et point 1.3.2. qui évoque les « *moyens juridiques dont dispose l'Etat pour la protection du patrimoine national* »), ce qui semble signifier qu'elles ne seront pas remises en cause.

<sup>43</sup> Elle ne figure pas non plus dans la liste des compétences dont la Nouvelle-Calédonie pourra disposer à partir de 2009 (article 27).

signe assez clair que c'est l'ensemble des questions relatives au patrimoine culturel et pas seulement les cinq points évoqués par l'accord de Nouméa qui feront l'objet de l'accord particulier.

Cela laisse à penser que lorsque cet accord entrera en vigueur, la loi de 1913 et les autres lois patrimoniales seront écartées au profit de lois patrimoniales issues d'un accord entre la Nouvelle-Calédonie et l'Etat. On peut donc estimer que ce dernier s'est bien dessaisi des ses compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en la matière pour les partager avec la Nouvelle-Calédonie.

On conclura ces développements en constatant qu'en Italie, les transferts de compétence d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels sont désormais la règle, alors qu'en France ils ne sont toujours que l'exception.

### **C. La question de l'encadrement para-normatif des compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels des instances infra nationales**

On a vu que les mises en cause de l'exclusivité de l'Etat pouvaient également avoir lieu sur un terrain différent mais proche du terrain normatif *stricto sensu*, le terrain de l'encadrement para normatif des compétences de détermination concrète. En effet, dans la situation où l'Etat est l'instance compétente pour adopter des normes et que les instances infra nationale sont les instances compétentes pour adopter les actes relatifs à ces normes, un conflit d'encadrement des dernières compétences peut surgir. L'Etat cherche à encadrer ces compétences d'en haut en s'appuyant sur son pouvoir normatif. Les instances infra nationales cherchent à encadrer leurs propres compétences d'en bas en s'appuyant sur leurs pouvoirs d'auto-organisation. On étudiera la situation italienne (1) puis la situation française (2).

#### **1) L'encadrement para-normatif par les régions italiennes des compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de la mise en valeur des biens culturels**

Les réformes intervenues entre 1997 et 2001 ont non seulement notablement élargi les compétences normatives des régions, mais aussi élargi leurs compétences d'application des normes (de détermination concrète de l'intérêt public) ainsi que les compétences d'application des normes des autres instances locales. Cet aspect sera abordé dans la seconde partie. Ce qui importe ici est de dresser un rapide tableau de ces compétences nouvellement attribuées aux régions afin de se rendre compte, qu'en plus de leur existence, leur l'étendue pose nécessairement la question de leur encadrement para-normatif.

Les réformes suivaient un même objectif général, celui de la réalisation d'un *fédéralisme administratif*. Le fédéralisme administratif renverse la logique, en place dès 1948, de l'attribution des compétences de détermination concrète entre les différentes instances selon le principe de parallélisme : une instance compétente pour adopter une norme est compétente pour l'application de cette norme. Selon le fédéralisme administratif, les instances infra nationales ou fédérées sont compétentes pour exécuter toutes les normes, les leurs et celles de l'Etat. L'attribution aux instances infra nationales ou locales des compétences de détermination concrète de toutes les normes est la règle. Ce n'est que par exception que l'Etat peut en exercer lui-même. Si on reprend les notions de la théorie du fédéralisme on dira qu'il s'agit d'un système d'*administration mixte* dans lequel « *les Etats fédérés sont compétents pour exécuter toutes les lois sauf certaines dont l'exécution reste confiée à l'administration d'Etat* » <sup>44</sup>. La mise en place du fédéralisme administratif est engagée avec dans la loi du 15 mars 1997 n.59 *délégation au gouvernement pour l'attributions de fonctions et de tâches aux régions et aux collectivités locales, pour la réforme de l'administration publique et pour la simplification administrative*, dite loi Bassanini du nom du ministre qui en était à l'origine. Elle posait comme principe que l'exercice des fonctions administratives était réservé aux régions et aux collectivités locales. C'était seulement dans les matières limitativement énumérées par la loi que l'Etat conservait l'exercice des fonctions administratives. Parmi les matières limitativement énumérées figuraient les fonctions administratives exercées par l'Etat dans le domaine de la *tutela* des biens culturels et du patrimoine historique et artistique. Ces dernières ne pouvaient faire l'objet d'aucun transfert (chapitre I, article 1, alinéa 3, lettre d). Les autres, c'est-à-dire pour ce qui nous intéresse ici, principalement la gestion et la mise en valeur, relevaient désormais des régions et des collectivités locales.

Deux mois après cette loi intervient la loi dite *Bassanini bis* du 15 mai 1997 n.127, *Mesures urgentes pour le démantèlement de l'activité administrative et des procédures de décision et de contrôle* dont l'article 17, alinéa 131 transféra une fonction administrative relative aux biens culturels qui n'avait pas été explicitement réservée à l'Etat par la loi précédente du 15 mars 1997 : la gestion des musées d'Etat.

Par la suite, utilisant la délégation que lui avait confiée le Parlement, le gouvernement adopta le décret législatif du 31 mars 1998 n.112, *Ulérieures attributions de fonctions et de tâches administratives de l'Etat aux régions et aux établissements locaux en application du chapitre I de la loi du 15 mars 1997, n.59*. Ce décret législatif contenait un chapitre V

---

<sup>44</sup> CROISAT (M.), *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, op. cit., 67.

consacré aux *Biens et activités culturelles* qui précise, après avoir tenté d'apporter une définition à toutes les notions en cause, quelles étaient les compétences de détermination concrètes qui restaient à l'Etat et quelles étaient celles qui étaient transférées. Nous y reviendrons.

Enfin, le nouvel article 118 de la Constitution consacre la fin du principe du parallélisme. Il fait de la commune l'attributaire de principe des fonctions administratives. Cette attribution n'est toutefois pas automatique car le même article 118 prévoit que dans les cas où il est nécessaire d'assurer un exercice unitaire des fonctions administratives, celles-ci « *sont conférées aux Provinces, aux Villes métropolitaines, aux Régions et à l'Etat* ». La répartition des fonctions administratives entre ces différentes instances doit avoir lieu, précise le texte constitutionnel, « *sur la base des principes de subsidiarité, de différenciation et d'adéquation* ». Ces principes ne font l'objet d'aucune définition de la part de la Constitution. C'est soit par une loi de l'Etat soit par une loi régionale (en fonction des compétences respectives de l'Etat et des régions) que les fonctions administratives sont réparties (article 118 alinéa 2). En ce qui les concernent, les régions pourront donc choisir de garder des fonctions administratives ou de les transférer aux provinces ou aux communes. L'Etat sera confronté aux mêmes choix. En matière de biens culturels, il est probable que l'Etat, qui conserve pour l'instant les compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de *tutela* des biens culturels, optera pour une interprétation des principes de subsidiarité, de différenciation et d'adéquation lui permettant de conserver ces compétences par-devers lui. Cela ne veut pas dire que des transferts ne puissent pas être envisagés dans le futur.

Ce qui compte pour l'instant est de constater que les compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels sont désormais par principe attribuées aux instances infra nationales et que l'attribution à l'Etat et même aux régions est l'exception. Ce nouveau principe de répartition pose la question de l'encadrement de l'exercice de ces compétences sous un jour nouveau. Il le pose d'ailleurs aussi bien à l'Etat qu'aux régions. Vu la problématique "stato-centrée" de ce travail on ne s'intéressera qu'à l'attitude de l'Etat. La situation de l'Etat est simple. L'Etat ne peut exercer aucun encadrement para-normatif des nouvelles compétences communales de détermination concrète de l'intérêt public en matière de gestion et de mise en valeur. En revanche, l'Etat peut toujours exercer de tels encadrements vis-à-vis des compétences qu'il avait déléguées aux régions en 1972 dans le domaine des *beni librari*. Les différentes réformes rapidement

présentées ci-dessus ne semblent pas en effet avoir remis en cause ces délégations <sup>45</sup>. Pour réaliser cet encadrement l'Etat dispose de directives qui découlent de son pouvoir de direction (cf. chapitre 2, section 2, § 1, A, 1)).

## 2) L'encadrement para-normatif par les collectivités territoriales françaises de leurs compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels

Avant d'aborder l'encadrement des compétences de détermination concrète des collectivités locales on se penchera tout d'abord sur les compétences de détermination concrète de l'intérêt public par les collectivités locales tout court. (a). On distinguera ensuite l'encadrement para-normatif des compétences de détermination concrète de l'intérêt public (local) au titre de la clause générale de compétence (b) de l'encadrement para-normatif des compétences de détermination concrète de l'intérêt public (local) au titre de compétences spécifiques attribuées par l'Etat (c).

### a) Les compétences de détermination concrète de l'intérêt public des collectivités territoriales françaises en général

Contrairement à la Constitution italienne, la Constitution française n'attribue aucune compétence aux collectivités territoriales en matière de patrimoine : ni compétence normative, ni compétence d'application des normes. Néanmoins, chaque collectivité territoriale française dispose d'une sphère de compétence qui lui est propre grâce à la *clause générale de compétence* que lui accorde la loi. La clause générale de compétence a d'abord été attribuée aux communes par la loi du 4 avril 1884 avant d'être étendue aux départements et aux régions par la loi du 2 mars 1982. Elle est ainsi formulée « *Le conseil régional (ou général ou communal) règle par ses délibérations les affaires de la région (ou du département ou de la commune)* ». Jusqu'en 2003 la clause générale de compétence ne trouvait qu'un faible écho dans la constitution <sup>46</sup>. A partir de 2003, la clause générale de compétence a été "constitutionnalisée" mais sans doute au prix d'un changement de nature qui la rapproche du principe de subsidiarité (sur ce point cf. le chapitre 9 section 2) <sup>47</sup>. Les collectivités territoriales peuvent exercer les compétences qui relèvent de cette clause. Elles exercent également les compétences que l'Etat leur transfère comme il l'a fait par exemple à l'occasion

---

<sup>45</sup> Dans ce sens voir la démonstration de N. Aiccardi : AICCARDI (N.), *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Giappichelli, 2002, 154-158.

<sup>46</sup> L'article 72 alinéa 2 ancien disposait que les collectivités territoriales de la République « *s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi* ».

<sup>47</sup> L'article 72 alinéa 2 nouveau dispose que « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* ».

des lois de décentralisation du 7 janvier 1983 et du 22 juillet 1983. Les transferts de compétences réalisés par l'Etat peuvent être de très grande dimension. Malgré leur ampleur, la clause générale de compétence ne saurait y être réduite. J.-M. Pontier en a fait la démonstration avant de conclure que « *la clause générale de compétence consacre l'initiative possible de la collectivité au-delà d'une liste possible de compétences* » <sup>48</sup>. On se permettra d'ajouter un argument supplémentaire. Lorsque, dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle, une certaine autonomie a été reconnue aux collectivités territoriales, ce n'est pas par le mécanisme d'attributions spécifiques de compétences que cette reconnaissance a eu lieu ou du moins, dans les cas limités où ce mécanisme a été utilisé, il n'a pas été utilisé seul. Il ne pouvait vraisemblablement pas en être autrement car ce n'était pas avec lui qu'avait été organisée l'attribution des compétences de l'Etat. Aux collectivités locales ont été attribuées une compétence relative aux affaires d'intérêt local de la même manière qu'à l'Etat avait été attribuée la compétence relative aux affaires d'intérêt général. L'intérêt local est de la même nature que l'intérêt général. C'est toujours le même concept qui est à l'œuvre derrière ces deux notions, celui du présupposé objectif. En utilisant un terme de génétique on dira que l'intérêt local a été obtenu par 'clonage' de l'intérêt général. Le premier est tout aussi général que le second, il est seulement exercé à une échelle plus réduite. Cela n'empêche pas bien sûr que des compétences spécifiques, c'est-à-dire précisément désignées, soient exercées par les collectivités territoriales à la suite d'un transfert de l'Etat, mais d'un point de vue théorique, il ne s'agit là que de compétences subsidiaires par rapport à la clause générale de compétence et à la notion d'intérêt local qu'elle recouvre.

Les interventions que les collectivités territoriales fondent sur leur clause générale de compétence doivent toutefois respecter trois conditions. Premièrement elles ne peuvent intervenir que là où il existe un intérêt local. Au fil de ses décisions, le Conseil d'Etat fixe les limites de cette notion <sup>49</sup>. Deuxièmement, les collectivités territoriales ne peuvent intervenir dans un domaine qui relèverait de la compétence d'une autre collectivité. A titre d'exemple, de nombreuses interventions sur les monuments historiques relèvent de l'Etat mais pas toutes. Troisièmement, les collectivités territoriales doivent intervenir dans le respect des règles générales.

---

<sup>48</sup> PONTIER (J.-M.), "Semper manent. Sur une clause générale de compétence", *RDP*, 1985, 1443, 1472. Néanmoins, contra, R. Chapus : « *il faut reconnaître qu'une formule générale et abstraite (tendant à exprimer que les collectivités locales bénéficient d'une clause générale de compétence et non de compétences limitativement énumérées) n'a guère de signification juridique* », CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15<sup>e</sup> ed., 2001, 295.

<sup>49</sup> Par exemple, CE, 25 novembre 1988, *M. Dubois*, *AJDA*, 1989, 172-173 avec note J.M. PONTIER et CE, 11 juin 1997, *Département de l'Oise*, *RFDA*, 1997, 948-951 avec conclusions L. TOUVET.

b) L'encadrement para-normatif des compétences de détermination concrète exercées au titre de la clause générale de compétence

Ce qu'on vient de dire à propos des deux sphères de compétence des collectivités territoriales françaises (on parle ici surtout des départements et des régions), à savoir la clause générale de compétence et les compétences d'attributions spécifiques s'applique de manière exemplaire à propos du patrimoine culturel. La protection du patrimoine n'a jamais figuré dans les compétences spécifiquement attribuées aux collectivités territoriales par l'Etat si on excepte quelques compétences étroites en matière de bibliothèques, musées et archives. Néanmoins, la plupart des collectivités n'ont pas hésité à intervenir dans le champ patrimonial relevant de leur sphère d'intérêt régional ou départemental (ou communal) en utilisant leur clause générale de compétence. L'Etat n'a jamais dénoncé de telles initiatives <sup>50</sup>. Le juge administratif ne les a pas sanctionné du moment qu'elles respectaient les trois conditions exposées ci-dessus <sup>51</sup>.

L'histoire des interventions des collectivités territoriales dans le domaine du patrimoine, se divise, en gros, en deux temps. Dans un premier temps, qui correspond, pour faire simple, aux années 1980, les collectivités n'ont pas véritablement exercé de politique dans ce domaine. Elles ont été doublement "passives", face à l'Etat et face aux autres collectivités territoriales. Face à l'Etat elles sont intervenues pour compléter les actions que celui-ci menait en matière d'inventaire, d'archéologie, de conservation des objets d'art et qui souffraient d'un manque de crédits permanent. Elles acceptèrent de prendre à leur charge une partie de leur coût financier. Mais c'est surtout en matière de travaux sur les monuments historiques que les collectivités locales ont été les plus actives et les plus généreuses. Elles ont participé très largement (surtout les départements) au financement des programmes des

---

<sup>50</sup> Il existe un autre argument en faveur des compétences patrimoniales (implicites) des collectivités territoriales dans le respect de celles de l'Etat. Lorsque le législateur crée des catégories d'organes de coopération entre les collectivités locales, catégories qui relèvent toutes de l'établissement public, il indique (plus ou moins) leurs compétences car les établissements publics n'étant pas des organes élus, ils ne bénéficient pas de la clause générale de compétence mais répondent au contraire au principe de spécialité. Souvent, parmi les compétences des catégories créées, figurent des compétences relatives à la protection du patrimoine. C'est en quelque sorte normal car ces catégories d'organes ne peuvent avoir à exercer que les compétences des collectivités locales auxquelles elles se substituent partiellement, y compris les compétences implicites qui relèvent de la clause générale de compétence et qu'en quelque sorte, ils explicitent. Il n'est pas possible de les doter de compétences qui ne seraient pas celles des collectivités locales. On le voit en matière de parcs naturels régionaux, créés à l'initiative des régions et dont le projet de développement dont ils font l'objet est fondé, entre autres objectifs, sur la préservation et la valorisation du patrimoine naturel et culturel (article R. 244.1 du code rural). On l'observe également avec les groupements de communes à fiscalité propre qui peuvent « élaborer des projets intercommunaux de gestion (...) du patrimoine, en vue de favoriser la restauration et l'entretien (...) du patrimoine bâti », article 32 de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

<sup>51</sup> Pour un exemple en matière de compétences, sans doute plus culturelles que patrimoniales, implicitement issues de la clause générale de compétence, TC, 7 juillet 1975, *Commune des Ponts de Cé c. Sieur Poisson*, 798 « considérant que (...) le conseil municipal de la Ville des Ponts de Cé avait la possibilité de créer un service public municipal d'animation culturelle et de fixer les conditions d'accès ».



travaux de restauration portant avant tout sur les monuments historiques classés que l'Etat élabore régulièrement. Mais elles ne faisaient qu'ajouter des crédits à une programmation qui n'était pas la leur. Face aux autres collectivités territoriales elles accordaient des subventions aux demandes, présentées en général par les petites communes, qui portaient surtout sur le patrimoine que l'Etat ne prenait pas en compte : le patrimoine non protégé et l'ethnologie principalement. De manière synthétique P. L. Frier estime que « *les collectivités participent abondamment comme propriétaires ou comme subventionneurs aux dépenses d'entretien et de restauration des monuments protégés* »<sup>52</sup>. Toutefois, pendant cette période, les collectivités territoriales se sont dotées d'appareils administratifs spécialisés dans ce nouveau domaine d'intervention. Les modalités d'organisation sont vastes. Les services patrimoniaux peuvent dépendre des services de la culture, ou des affaires générales ou des services des affaires économiques. Ils peuvent être plus indépendants sous forme de services autonomes (missions) ou même disposer de la personnalité morale : associations et établissements publics parfois dénommés conservatoires régionaux ou départementaux. A titre d'exemple le département de l'Isère a non seulement développé des services patrimoniaux internes (centre d'archéologie) mais il a également mis sur pied une Conservation du patrimoine de l'Isère qui fonctionne en tandem avec le musée dauphinois et un Observatoire des politiques culturelles placé sous la direction de R. Rizzardo. Les collectivités territoriales ont recruté sur base contractuelle des personnels qualifiés et elles disposent désormais d'une expertise propre de haut niveau.

Dans un second temps, qui correspond aux années 1990, certaines collectivités refusèrent d'abonder les programmes de l'Etat (rôle jugé trop passif) comme elles refusèrent de n'être que de simples distributeurs de subventions pour les projets présentés par d'autres personnes publiques locales en particulier par les communes. Elles décidèrent de mettre en place des politiques patrimoniales propres. Vis-à-vis des autres collectivités, elles ont défini des critères d'attribution des subventions et signé des conventions de financements<sup>53</sup>. La pratique a dégagé deux grands types de conventions. Les conventions dites rurales, à destination des petites communes et dont les régions et les départements assurent la plus grande part financière et les conventions dites régionales destinées aux communes plus

---

<sup>52</sup> FRIER (P.-L.), "La répartition des compétences entre l'Etat et le pouvoir local", *AJDA*, numéro spécial 20 septembre 2000, 58-69, 65.

<sup>53</sup> A titre d'exemple de critères départementaux pour l'attribution de financements, le directeur de la Mission départementale de développement culturel du Puy-de-Dôme indiquait que le Conseil Général de ce département avait bâti pendant cinq ans « *une grille d'attribution de subventions répondant à des critères rigoureux de recevabilité des dossiers et d'éligibilité des aides. L'ensemble de ces critères est défini dans un guide qui comporte 17 fiches (dont trois sont consacrées au patrimoine) : conservation et mise en valeur des monuments historiques, sauvegarde des édifices culturels en milieu rural et non protégés, aide aux communes pour la restauration du patrimoine mobilier inscrit* », GAUTRON (G.), "Les politiques culturelles départementales ; 'entre proximité et distance' ", *Cahiers du CNFPT*, septembre 1992, 77-87, 81.

importantes et pour lesquelles les financements régionaux et départementaux sont moindres. Vis-à-vis de l'Etat, l'enquête menée en 1992-1993 par l'Observatoire des politiques culturelles auprès d'une soixantaine de départements français a montré qu'une action autonome des départements se développait de plus en plus. Ces derniers élaborent désormais leurs propres programmes de financement de travaux sur les monuments historiques. L'enquête en offre de nombreux exemples. Dans certains départements apparaissent même des « *risques d'incohérence avec les programmes établis par l'Etat* » <sup>54</sup>. R. Rizzardo annonçait, en dressant un bilan de cette enquête, qu'on allait « *passer de l'alignement sur les politiques de l'Etat à l'autonomie des politiques départementales* » et concluait qu'une question centrale se posait pour l'avenir : « *pourra-t-on encore longtemps faire cohabiter un pouvoir réglementaire d'Etat et la mise en œuvre de politiques qui relèvent, y compris financièrement, de plus en plus des collectivités locales ? La question d'une répartition des compétences conforme au rôle et à l'expérience des départements et des régions ne pourra être durablement éludée* » <sup>55</sup>. Mais ce n'est sans doute pas à des revendications de nature normative auxquelles on risque d'assister. Il se dessine plutôt des conflits entre les compétences para-normatives implicites que sont les opérations de programmation : la programmation étatique face aux programmations locales de travaux sur les monuments historiques.

c) L'encadrement para-normatif des compétences de détermination concrète exercées au titre de compétences spécifiques attribuées par l'Etat

A partir des années 1990, des lois ont attribué des compétences de détermination concrète à certaines collectivités territoriales : les lois du 13 mai 1991 et du 22 janvier 2002 en ont attribué à la collectivité territoriale de Corse, la loi du 28 février en a attribué aux régions d'outre-mer. Au chapitre 9 on a cherché à démontrer que ces compétences n'étaient que la formulation de compétences déjà implicitement contenues dans la clause générale de compétences des collectivités territoriales. Si on accepte cette démonstration et son résultat, la question de l'encadrement para-normatif de ces compétences ne se pose pas sous un jour différent de celui de l'encadrement para-normatif des compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels que les autres collectivités territoriales tirent

---

<sup>54</sup> TULOUP (A.), "Rapport entre l'Etat et les départements dans le domaine de la gestion du patrimoine, évolution historique, compétences et 'règles du jeu' : l'exemple du val d'Oise", in RIZZARDO (R.), *Les départements et la gestion du patrimoine. Nouvelles missions. Nouvelles structures. Nouveaux réseaux*, Musée dauphinois, Grenoble, 1993, 13-17, 15

<sup>55</sup> RIZZARDO (R.), "Synthèse des débats", in RIZZARDO (R.), *Les départements et la gestion du patrimoine. op. cit.*, 66-67

de leur clause générale de compétence. D'ailleurs, en ce qui concerne la collectivité territoriale de Corse, l'article 23 de la loi du 22 janvier 2003 (aujourd'hui article L. 4424-7 CGCT) indique que cette collectivité peut encadrer ses "nouvelles" compétences patrimoniales en *définissant des actions* et en élaborant des *orientations*. En somme il lui reconnaît ce pouvoir para-normatif dont nous avons précédemment supposé la présence dès lors qu'une instance quelconque dispose de pouvoirs de détermination concrète de l'intérêt public et qu'elle cherche à l'utiliser rationnellement. Mais là également la reconnaissance de ce pouvoir d'encadrement est inutile. La clause générale de compétence le reconnaissait déjà à toute collectivité à laquelle elle était attribuée. C'est sur ce fondement que de nombreux départements et régions ont, depuis une dizaine d'années, élaboré les « politiques patrimoniales » qu'on a évoquées ci-dessus.

## ***§ 2 Le transfert de certaines compétences d'identification abstraite à des instances supra-nationales : l'exemple de la circulation internationale des biens culturels***

Parmi les cas de transfert de compétence d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels à des instances supra-nationales (circulation internationale des biens culturels, protection du patrimoine culturel en cas de conflit armé, protection de patrimoines spécifiques comme le patrimoine mondial ou le patrimoine architectural ou encore archéologique) on se bornera à étudier l'exemple de la circulation internationale des biens culturels <sup>56</sup>. C'est en effet dans le domaine de la lutte contre le trafic illicite de biens culturels meubles que les efforts internationaux ont été les plus importants et que, corrélativement, la mise en cause de l'exclusivité normative de l'Etat est la plus poussée. Par trafic illicite il faut entendre d'une part le vol lorsqu'il est suivi d'une circulation internationale, forcément illicite, et d'autre part la "simple" exportation illicite de biens culturels, c'est-à-dire l'exportation effectuée en violation des règles nationales gouvernant la sortie de ces biens du territoire. On s'intéressera peu aux aspects relatifs à la restitution de la

---

<sup>56</sup> D'autres cas existent comme le contrôle des atteintes portées à la propriété privée par les régimes de protection opéré par les juges chargés de faire respecter la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* vis-à-vis des droits nationaux. Mais les régimes nationaux de protection des biens culturels, y compris dans leurs aspects les plus restrictifs vis-à-vis de la propriété privée, n'ont pas été remis en question par ces juges. Ils n'ont pas été remis en cause par le juge national de la conventionnalité (CAA Paris, 4 juillet 2000, *Héritiers de Chaisemartin*, n°99PA02663). Ils n'ont qu'à peine été remis en cause par le juge européen de la conventionnalité (CEDH, 5 janvier 2000, *Beyeler c. Italie*, D., 2000, som. com., 187, note FRICERO ; *AJDA*, 2000, 542, avec note J.J. FLAUSS ; *LPA*, 2001, n°103, note G. BALLIF). En l'espèce, le juge européen a plus sanctionné une mauvaise application d'un aspect du régime italien de la protection, la préemption, que cet aspect lui-même. Pour l'étude de cette compatibilité en France, FRIER (P.-L.), "Propriété privé et protection du patrimoine culturel", *AJDA*, 1992, 405-409 ; en Italie, MARINI (F. S.), *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Giuffrè, 2002.

propriété volée car on peut estimer qu'il s'agit là d'un domaine relevant du droit privé même si la victime du vol est une personne publique <sup>57</sup>. En revanche les aspects qui concernent le retour des biens exportés au mépris des règles étatiques seront au centre des développements qui suivent car ils mettent en jeu la reconnaissance de ces règles devant d'autres instances étatiques.

La raison pour laquelle les transferts de compétences des Etats vers des instances internationales au sens large (organisations internationales permanentes, communauté des Etats en tant qu'instance internationale) se sont développés dans ce domaine réside dans l'impuissance des mécanismes de conflit de lois et de conflit de juridictions qui n'ont pas pu « résoudre de manière satisfaisante les problèmes provoqués par les trafics illicites des biens culturels » <sup>58</sup>. La cause de cette impuissance provient de la non application, par un Etat donné, des règles de droit public d'un autre Etat. Il est toujours difficile de « donner effet à l'étranger aux règles de droit public, règles de protection, lois de police, édictées par un autre Etat, même si ces règles sont quasi identiques à celles du pays où l'objet est réclamé » <sup>59</sup>. En somme, il est vite apparu nécessaire de dépasser les règles du droit international privé. Le recours à un exemple relativement récent sera particulièrement éclairant. Des tapisseries avaient été volées en France au Palais de justice de Riom en 1975 et retrouvées sur le marché antiquaire à Milan quelques années plus tard. La demande de restitution introduite par l'Etat français devant le juge italien était fondée sur le caractère indisponible et inaliénable de ces biens (en tant que dépendance du domaine public de l'Etat). Le défendeur et le nouvel acquéreur italiens faisaient valoir des titres formés en Italie. Après s'être reconnu compétent, le juge italien a écarté l'application des règles de droit public françaises au profit de la *lex rei sitae*, à savoir l'article 1153 du Code civil italien qui pose comme conditions, le titre, la possession et la bonne foi. Le tribunal a estimé qu'elles étaient remplies <sup>60</sup>.

Les droits français et italien sont des droits relativement proches. Ils connaissent tous les deux des règles comparables en matière de protection du domaine public de leur Etat respectif (articles 822 et suivants du Code civil italien). Malgré cela, la restitution des biens volés et illicitement exportés fut paralysée par le principe de la non-application des lois de

---

<sup>57</sup> En ce sens DROZ (G.), "La convention Unidroit sur le retour des biens culturels illicitement exportés", *Rev. crit. dt. inter. privé*, 1997, 239, spec. 242.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> DROZ (G.), *ibid.*; LALIVE (P.) "L'application du droit public étranger", *AIDI*, 56, 1975, 157 ss; LALIVE (P.), "Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public", *AIDI*, 57 II, 1977, 165 ss; MAYER (P.), "Les lois de police étrangères" *Clunet*, 1981, 277.

<sup>60</sup> Tribunal de Rome, 26 juin 1987, *Etat français - Ministère français des biens culturels c. De Contessini et autres*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1989, 652; *Dir. Commercio int.*, 1988, 611 avec un commentaire de M. FRIGO, "Trasferimento illecito di beni culturali e legge applicabile".

police étrangères, en l'espèce le droit français de la domanialité publique. C'est donc pour contourner ce principe que les Etats qui souffrent le plus de vols et d'exportations illicites de biens culturels, au premier rang desquels se trouve l'Italie, vont proposer et soutenir l'adoption de mécanismes internationaux permettant de faciliter les restitutions internationales de biens culturels. Plusieurs mécanismes de ce genre ont été mis en place dans les 30 dernières années. Lorsqu'ils y adhèrent, les Etats "gagnent" du côté de la restitution mais ils risquent "perdre" du côté de la définition des biens réclamés car les autres Etats membres de la communauté internationale ne pouvaient volontiers accepter que leur soit demandée la restitution de n'importe quel bien du simple fait qu'un autre Etat déclarait que ce bien était sien. Le passage par des mécanismes internationaux peut déboucher sur deux conséquences : soit les définitions internationales ajoutent des conditions supplémentaires aux définitions nationales (conséquence la plus favorable aux Etats) soit elles s'y substituent (conséquence la moins favorable). Dans les deux cas, les Etats doivent sacrifier une partie de leur compétence normative. On va voir quelle est l'étendue de ce sacrifice.

Deux "systèmes" de règles internationales ont été lentement mis en place et se juxtaposent désormais: les règles communautaires et les règles internationales. Ces mécanismes seront tout d'abord rapidement présentés (A.). On verra ensuite en quoi ils remettent en cause des compétences normatives substantielles des Etats membres, celles relatives à la définition des biens culturels (B.) et en quoi les normes communautaires de 1992 et 1993 remettent en cause des compétences normatives formelles (ou procédurales), celles de pouvoir contracter des obligations internationales intra européennes en matière de restitution de biens culturels illicitement exportés et pour se voir appliquer les effets de conventions antérieures dans ce domaine (C.).

#### **A. Les deux systèmes de normes internationales en vigueur**

On présentera d'abord les normes communautaires. Elles sont issues de textes de rang différent (traité, règlement, directive) (1). On présentera ensuite les normes internationales issues des conventions en vigueur (2)

##### **1) Les normes communautaires**

###### **a) Origine des normes communautaires**

Le marché commun mis en place à partir du premier janvier 1958 n'avait pas remis en cause les contrôles douaniers nationaux effectués par chaque Etat membre à ses propres frontières. Mais la logique communautaire jouait contre le maintien des douanes à l'intérieur

de la Communauté. L'acte unique européen des 17 et 28 février 1985 prévoyait pour 1993 l'ouverture d'un marché intérieur européen qu'il définissait comme devant « *comporter un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité* » (article 14 TCE, ex article 7 A). Pour réaliser ce marché la Communauté devait « *arrêter les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992, conformément aux dispositions du présent article (...)* » (même article).

Parmi les principales mesures ainsi arrêtées figurait la réforme du système douanier communautaire. Les directives du Conseil CEE 680/91 du 16 décembre 1991 et 12/92 du 25 février 1992 prévoyaient l'abolition des contrôles douaniers aux frontières internes de la communauté à partir du premier janvier 1993 ; c'est la raison pour laquelle on ne parle dès lors plus de marché commun mais de marché unique ou de marché intérieur. Toutefois, la dérogation de l'article 30 TCE permettant aux Etats membres de restreindre le régime de circulation des biens culturels qu'ils considèrent comme leurs trésors nationaux (version française du traité) ou les éléments de leur patrimoine artistique, historique ou archéologique national (version italienne du traité), a été maintenue.

Mais le démantèlement des frontières intérieures comportait un risque de taille. Les œuvres d'art assimilées par le droit communautaire à des marchandises comme on l'a vu (chapitre 1), pouvaient profiter du principe de la libre circulation des marchandises et transiter facilement des pays traditionnellement « fermés » comme l'Italie ou la Grèce vers les pays plus « ouverts » de l'Union (comme la Belgique, la Hollande ou la Grande Bretagne) pour être ensuite exportées en dehors des frontières de l'Union, car que les règles communautaires uniformes de procédure qu'on va examiner ne s'appliquent pas aux expéditions intra-communautaires. Le risque était donc, dans le nouveau système douanier, que la compétence dérogatoire des Etats membres fondée sur l'article 30 TCE soit privée d'un de ses plus efficaces moyens de contrôle, la douane nationale. Ce démantèlement a donné lieu d'un côté à des mises en garde <sup>61</sup>, d'un autre à de véritables réflexes de peur comme la loi italienne n.84 du 19 avril 1990 qui sera étudiée au chapitre 5 <sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Par exemple, pour l'Italie, LEMME (F.), "La circolazione dei beni culturali nella prospettiva del 1993", *Cassazione penale*, 1990, 989 et pour la France, POLI (J.-F.), "La protection des biens culturels meubles par le droit communautaire", *RRJ*, 1993, 847-882 qui estime qu'il serait souhaitable « *qu'en matière de biens culturels, une certaine forme de contrôle aux frontières demeure* », 881.

<sup>62</sup> Loi n.84, 19 avril 1990, *plan organique d'intervention, catalogation et élaboration de la carte du risque des biens culturels, également en relation avec l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen : premières interventions*, GURI, 26 avril 1990, n.90,

D'une certaine manière et à une échelle différente, l'Italie risquait de se retrouver dans une situation qu'elle avait déjà connue pendant presque un demi-siècle entre 1861-1865 et 1909. Elle ne souhaitait pas refaire cette expérience. En 1861-1865 le nouvel Etat italien unifié avait abrogé toutes les législations des précédents Etats qui composaient l'Italie pré-unitaire, les *cessati governi*, y compris les lois dont pratiquement tous ces Etats s'étaient dotés pour organiser (comprendre pour restreindre ou pour interdire) l'exportation des oeuvres d'art présentes sur leur territoire. Mais le nouvel Etat italien peina à se doter d'une loi nationale sur l'exportation des *Antichità e cose d'arte* ainsi que d'une loi générale sur la protection de ces biens. Les défenseurs de la propriété privée et du libre échange étaient tout puissants aux Chambres <sup>63</sup>. Pourtant l'hémorragie d'oeuvres d'art prenait une ampleur jusque là inconnue dans un pays pourtant habitué de longue date à la fuite de ses chefs d'œuvre. Une solution fut alors adoptée pour tenter d'y faire face en attendant que soit votée une loi nationale. Les lois des *cessati governi* relatives à l'exportation des oeuvres d'art furent maintenues en vigueur *rationae loci* <sup>64</sup>. En 1865, ce maintien ne devait être que temporaire. Il fera pourtant l'objet de prorogations jusqu'en 1909 date de l'adoption de la première grande loi nationale de protection. Toute l'activité des trafiquants consista dès lors à faire passer les oeuvres se trouvant sur des territoires soumis à des lois restrictives (Grand Duché de Toscane, Etats de l'Eglise, Royaume de Naples, ...) vers les territoires où les lois maintenues en vigueur étaient plus souples. L'opération était en général aisée car dans le nouvel Etat italien unifié, il n'y avait plus de douanes intérieures. Une loi de l'ex-duché de Modène, qui date de 1857 soumet-elle l'exportation des oeuvres d'art à l'obtention d'une licence ? Pour qui possède un tableau situé sur le territoire de l'ex-Etat des Este et qui cherche à le vendre rien n'est plus facile à contourner. Il suffit d'envoyer le tableau à Milan et de là l'expédier en Angleterre (ou en Russie ou en France ou aux Etats-Unis). En effet, les lois de l'ex-royaume lombard-vénitien,

---

<sup>63</sup> L'article 29 du Statut albertin de 1848 proclamait que «*Toutes les propriétés, sans aucune exception, sont inviolables*». Le Code civil adopté en 1865 était tout aussi protecteur. C'est une «*Italie libre-échangiste qui hérite du plus important patrimoine culturel existant au monde*» CANDELORO (G.), *Storia dell'Italia moderna*, Milano, Feltrinelli, 1956, vol. 5, 226. Les projets de lois présentés par le gouvernement rencontrèrent une opposition acharnée au nom de la défense du droit de propriété et aucun ne pu aboutir avant 1902 - 1909. Pour combattre l'un de ces projets un sénateur n'hésitait pas à déclarer en 1877 : «*si, au nom de l'art vous venez nous demander que nous laissions porter atteinte au droit de propriété; si au nom de l'art vous venez nous demander que nous laissions violer les domiciles par le fisc; si au nom de l'art vous voulez nous dépouiller, pour nous punir parce que nos ancêtres ont aimé, protégé, honoré l'art, nous vous répondons: que péricule la gloire artistique de l'Italie, que ne puisse la défendre les servitudes que vous voulez nous imposer*» PEPOLI, sénateur, discours au sénat, 1877, cité par SICOLI (S.), "Arte e memoria per una politica del consenso", *art. cit.*, 36.

<sup>64</sup> Les Délibérations du grand duc de Toscane des 24 octobre et 6 novembre 1602 sur le territoire correspondant à l'ancien Grand Duché de Toscane ; l'édit du cardinal camerlingue Pacca du 7 avril 1820 sur le territoire correspondant aux anciens Etats de l'Eglise et ainsi de suite. La plupart des textes préunitaires sont publiés dans EMILIANI (A.), *Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei beni artistici e culturali negli antichi stati italiani 1571-1860*, Bologna, Ed. Alfa, 1978, 334.

dont Milan était la capitale, maintenues en vigueur, ne soumettent l'exportation des oeuvres d'art qu'à une simple déclaration <sup>65</sup>.

b) La nature des normes communautaires

Le mode d'intervention communautaire choisi a été particulièrement original. Deux possibilités étaient ouvertes. En premier lieu, la Communauté pouvait opter pour la reconnaissance réciproque, de la part des Etats membres, de toutes les législations nationales relatives à l'exportation des biens culturels <sup>66</sup>. En second lieu, la Communauté pouvait choisir d'harmoniser toutes ces législations. La reconnaissance réciproque des législations n'était pas techniquement réalisable. On ne pouvait en effet difficilement demander aux organes nationaux chargés des contrôles de faire respecter, douze, aujourd'hui quinze, législations différentes en fonction de la provenance des objets. L'harmonisation des législations aurait nécessité la suppression ou du moins la restriction de la dérogation de l'article 30 TCE qui laisse les Etats membres compétents pour définir leurs trésors nationaux (ou les éléments de leur patrimoine (...) national) en fonction des critères qu'ils avaient posés. Elle aurait également sous-entendu la mise en place de critères permettant d'identifier un patrimoine culturel européen commun aux Etats membres, patrimoine qui ne semble pas devoir se dessiner même à moyen terme (mais voir cependant la section 2 de ce chapitre). C'est pourtant cette voie qui fut tout d'abord préconisée par la Commission lorsque, en 1989, elle engagea la discussion avec les Etats membres en transmettant au Conseil une communication interprétative de l'article 30 TCE <sup>67</sup>. Dans cette proposition, la Commission entreprenait de donner un début de définition communautaire des expressions utilisées dans l'article 30, « *protection du patrimoine historique, artistique ou archéologique national* » dans la version italienne et « *protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique* » dans la version française, non pas avec la volonté d'intervenir tout court dans ce domaine mais pour assurer aux biens culturels un régime protecteur au sein du futur marché unique. La Commission estimait que la qualification de trésor national ou d'élément

---

<sup>65</sup> C'est ce que fit le marquis Rangoni, mais sans prendre toutes les précautions nécessaires puisque sa tentative d'exportation illégale échoua. Cass., 19 juin 1902, *Rangoni-Macchiavelli c. Ministero della pubblica istruzione*, *Legge*, 1902, II, 199-201. Voir également MELONI (S.), "L'exportation d'oeuvres d'art à Florence de l'unification italienne à la loi de 1902", intervention présentée au workshop organisé par le département d'histoire de l'Institut universitaire européen sur le thème *Cultural Heritage*, à Florence, les 5 et 6 décembre 1997.

<sup>66</sup> Pour M.P. Chiti, la reconnaissance mutuelle des législations aurait été l'idéal. CHITI (M.P.), "Beni culturali e mercato unico europeo", in AAVV., *Associazione di studi e ricerche parlamentari*, 1993, 139-156, 144.

<sup>67</sup> Communication de la Commission au Conseil relative à la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique dans la perspective de la suppression des frontières intérieures en 1992 (COM (89) 594 final) du 22 décembre 1989.



du patrimoine national pourrait s'appliquer à des objets liés de si près à l'histoire ou à la vie du pays considéré que leur départ constituerait pour celui-ci une perte importante. Devaient être également considérés comme trésors nationaux ou comme éléments du patrimoine national les objets d'une valeur telle que le patrimoine artistique du pays serait fondamentalement diminué en leur absence, ainsi que les objets d'un intérêt inestimable pour l'étude ou la compréhension d'un secteur particulier des arts ou de l'histoire du pays, les objets appartenant à une collection satisfaisant à un ou plusieurs des critères précédents et dont le départ du pays ferait perdre à cette collection ce ou ces caractères. Les biens de faible valeur marchande, les productions des artistes vivants ou les biens importés sur le territoire national depuis un laps de temps assez bref ne pouvaient être considérés comme des trésors nationaux. Les Etats membres se récrièrent. Non seulement la Commission touchait à une compétence qui pouvait ne pas leur appartenir, car dans le cas des Etats fédéraux, comme en Allemagne et en Belgique, la protection du patrimoine relève d'instances fédérées (respectivement Länder et régions), mais elle portait une atteinte intolérable, symbolique à une compétence quasi régaliennne des Etats-membres, celle qui parfois depuis des siècles comme en Italie, leur permet de définir leur propre patrimoine <sup>68</sup>.

Les deux voies classiques d'action communautaire n'étant pas envisageables, il fallut en imaginer une troisième qui fut celle des règles communautaires de procédure commune, c'est-à-dire des règles communautaires qui, sans remettre en cause la compétence des Etats membres au fond, retirent à ces mêmes Etats les compétences procédurales qui y sont relatives en posant des règles de procédure valables dans toute la Communauté. L'expression de *règle communautaire de procédure commune* n'est pas employée par le droit communautaire mais elle l'est par une large doctrine européenne <sup>69</sup>. J. Schwarze préfère employer l'expression de *droit administratif européen uniforme* ce qui représente un saut qualitatif car le mot droit désigne un *ensemble* cohérent de règles et non plus seulement des règles <sup>70</sup>.

Deux normes communautaires ont été adoptées par le Conseil sur proposition de la Commission. La première norme est de nature préventive, il s'agit du règlement CEE

---

<sup>68</sup> Comme l'a en outre fait remarquer F. Rigaux en donnant un début de définition des patrimoines nationaux et des trésors nationaux la Commission « *portait atteinte à la compétence de la Cour de Justice à laquelle il appartient de se prononcer, le cas échéant, sur la signification d'une notion que le traité n'a pas définie lui-même, celle de trésors nationaux* » RIGAUX (F.), "Le commerce des œuvres d'art dans le Marché Commun", *Etudes de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Bâle/Francfort sur Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, 733-751, 744.

<sup>69</sup> CHITI (M.P.), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, I, Milano, Giuffrè, 1997, 369 ; VOUDOURI (D.), "Circulation et protection des biens culturels dans l'Europe sans frontière", *RDP*, 1994, 479-525 ; BIONDI (A.), "Remedies, the Internal Market and Works of Art", in Lonbay, Biondi ed., *Remedies for Breach of EC Law*, Wiley, 1997, 165-172, 166.

<sup>70</sup> SCHWARZE (J.) "Developping Principles of European Administrative Law", *Public Law*, 1993, 229-, 237.

n.3911/92 du Conseil, du 9 décembre 1992, *relatif à l'exportation des biens culturels* <sup>71</sup>. Ce règlement ne s'applique que dans les cas d'exportation de biens culturels hors de l'Union européenne. Il n'a pas d'effet vis-à-vis des expéditions internes à la Communauté. Ces expéditions sont soumises, dans le cadre de l'article 30 TCE, aux seules règles nationales, privées depuis 1993, des contrôles douaniers nationaux. Mais dans ce cas, les Etats membres pourront avoir recours, en cas d'exportation illégale, à l'action en restitution prévue par la directive 93/7/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, relative à la *restitution des biens culturels illégalement sortis du territoire d'un Etat membre*, qui est la seconde norme prévue <sup>72</sup>. Elle est de nature répressive.

c) Le contenu des normes communautaires en matière de biens culturels

Il ne peut être question de présenter ici une analyse détaillée de ces normes. On se bornera donc à exposer ce qui est utile pour la démonstration en cours.

Le règlement communautaire s'articule en trois points. Premièrement, il crée une procédure commune de délivrance du document uniforme nécessaire à l'exportation d'un bien culturel hors de la Communauté, dit licence d'exportation, par les Etats qui sont alors qualifiés d'Etats d'origine (articles 2 et 3). Les Etats d'origine sont toujours libres de déterminer les conditions de fond auxquelles ils soumettent la délivrance de la licence d'exportation. Ils ne le sont plus en ce qui concerne les conditions de forme de cette délivrance. Deuxièmement, le règlement dresse une liste commune (en annexe) des catégories de biens devant faire l'objet d'une licence d'exportation. Troisièmement, le règlement crée un régime de contrôle douanier réciproque pour vérifier l'existence et la validité des licences d'exportation délivrées par les Etats d'origine (articles 4 et 5). Ces contrôles sont confiés aux Etats membres sur le territoire desquels se trouve le bien et d'où son exportation hors de la Communauté est prévue.

La directive met à la charge des Etats l'obligation de restituer les biens culturels ayant illicitement quitté le territoire d'un autre Etat (article 2). Elle prévoit deux phases. La première phase est dite administrative. A partir du moment où un Etat s'avise qu'un bien culturel déterminé a illicitement quitté son territoire, il informe les autres Etats de cette disparition. Ces derniers sont alors obligés de rechercher le bien en question ainsi que l'identité du possesseur et / ou du détenteur et de prendre toutes les mesures de conservation

---

<sup>71</sup> JOCE, L 395, 31 décembre 1992.

<sup>72</sup> JOCE, L 74, 27 mars 1993.

nécessaires en cas de découverte (article 4). La seconde phase est dite phase judiciaire. Lorsqu'un bien culturel ayant illicitement quitté le territoire d'un Etat a été retrouvé sur le territoire d'un autre Etat dit Etat requis, le premier Etat, dit Etat requérant, introduit une demande de restitution contre le détenteur du bien se trouvant sur le territoire de l'Etat requis. L'action est portée devant le tribunal compétent de l'Etat requis (article 5). Les conditions auxquelles sont soumises la restitution sont au nombre de deux. Premièrement, le bien doit être un bien culturel au sens de la directive, sens qu'on étudiera ci-dessous. Deuxièmement, le bien doit avoir quitté illicitement le territoire d'un Etat membre.

## 2) Les normes conventionnelles

Deux conventions sont actuellement en vigueur dans le domaine de la circulation internationale des biens culturels et de la lutte contre leur exportation illicite <sup>73</sup> : la convention de l'Unesco de 1970 *concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriétés illicites des biens culturels* et la convention d'Unidroit de 1995 *sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*

### a) La convention de l'Unesco de 1970 *concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriétés illicites des biens culturels*

La première convention à avoir été adoptée dans le domaine de la lutte contre le trafic international d'oeuvres d'art est la convention de l'Unesco du 14 novembre 1970 *concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriétés illicites des biens culturels*. Elle est entrée en vigueur le 24 avril 1972. L'Italie l'a ratifiée en 1978 et la France en 1997 <sup>74</sup>. La convention commence par définir les biens culturels auxquels elle s'applique. Cette définition pose la question d'une éventuelle mise en cause de la compétence normative en matière de définition des biens culturels des Etats parties et du rapport entre les définitions conventionnelles et les définitions nationales. Elle sera étudiée dans les développements qui suivent. La convention développe par la suite deux types de dispositions <sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Une troisième convention a été rédigée par le Conseil de l'Europe et ouverte à la ratification des Etats membres de ce Conseil, la *Convention européenne sur les infractions visant des biens culturels* adoptée à Delphes le 23 juin 1985. Mais elle n'a pas encore obtenu le nombre de ratifications nécessaires à son entrée en vigueur et il est peu probable qu'elle les atteigne jamais vu que, entre temps, d'autres conventions sont entrées en vigueur : les normes communautaires et la convention de l'Unidroit.

<sup>74</sup> Le retard français trouve son origine dans l'opposition du ministère des Finances qui craignait le coût budgétaire de l'indemnisation des acheteurs de bonne foi d'un bien culturel volé.

<sup>75</sup> Sur la convention de 1970 voir GOY (R.), "Le régime international de l'importation, de l'exportation et du transfert de propriété des biens culturels", *AFDI*, 1970, 605.

Les premières dispositions sont de nature préventive. La Convention oblige les Etats qui y adhèrent à modifier leur droit interne afin de se doter des appareils administratifs nécessaires à la surveillance des entrées et des sorties d'objets d'art sur leur territoire et à créer des « *certificats appropriés par lesquels l'Etat d'exportation spécifierait que l'exportation du bien culturel visé (...) est autorisée par lui* » (article 6 a.) et à « *interdire la sortie de leur territoire des biens culturels non accompagnés* » de ce certificat (article 6 lettre b.). Surtout, l'article 7 met également à la charge des Etats parties des obligations plus précises, celle d'interdire « *l'acquisition par les musées (...) situés sur le territoire des Etats parties de biens culturels en provenance d'un autre Etat partie à la Convention, biens qui auraient été exportés illicitement après l'entrée en vigueur de la convention* » (article 7 lettre a.) et celle « *d'interdire l'importation des biens culturels volés dans un musée (...) ou un monument public civil ou religieux (...) situé sur le territoire d'un autre Etat* » (article 7 lettre b. (i)).

Les autres dispositions sont consacrées à l'apport majeur de cette convention. Il est de nature répressive, il s'agit de la restitution des biens culturels. Mais le champ de la restitution est très étroit. Il ne concerne tout d'abord que les biens volés et non les biens illicitement exportés. Une extension de la restitution aux biens illicitement exportés aurait ouvert la question de la reconnaissance et de l'application des lois de police étrangère par d'autres Etats ; ce qui, au début des années 1970 n'était pas envisageable. Et ensuite, parmi ces biens volés, seuls ceux qui ont été « *volés dans un musée, un monument civil ou religieux, ou une institution similaire* » d'un Etat partie, après l'entrée en vigueur de la convention, peuvent faire l'objet d'une requête de la part de l'Etat d'origine « *si il est prouvé que ce bien (...) faisait partie de l'inventaire de cette institution* ». Néanmoins, autre preuve du caractère novateur de cette convention, la restitution du bien volé est obligatoire si ces conditions sont réunies. Ce qui revient à obliger les Etats parties à abandonner, du moins dans la sphère d'application de la convention, le principe de la possession acquisitive de propriété en matière de biens culturels (qui est, sous des formes diverses, un principe que connaissent de très nombreux droits nationaux). La charge de la preuve incombe à l'Etat requérant. La personne « *qui est acquéreur de bonne foi ou qui détient légalement la propriété du bien* » a droit au versement d'une « *indemnité équitable* » par l'Etat requérant.

En outre, la convention prévoit la possibilité d'accords plus étroits entre les Etats parties. L'article 15 parle « *d'accords particuliers (...) concernant la restitution de biens culturels sortis de leur territoire d'origine, pour quelle que raison que ce soit, avant l'entrée en vigueur de la présente Convention pour les Etats intéressés* ». De son côté, l'article 9 de la

convention prévoit que dans le cas où le patrimoine culturel d'un Etat partie à la convention est mis en danger par certains pillages archéologiques ou ethnologiques, les Etats concernés, c'est-à-dire les Etats où sont en général revendus les produits des fouilles clandestines, peuvent passer avec les Etats victimes du trafic des accords bi ou multilatéraux comportant « *les mesures concrètes nécessaires* » pour faire face à la situation. L'Italie et les Etats-Unis ont adopté une convention internationale bilatérale en application des articles 9 et 15 de la convention, le *Memorandum of Understanding* du 19 janvier 2001.

b) La convention d'Unidroit de 1995 *sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*

Un quart de siècle après l'entrée en vigueur de la convention de 1970, l'Unesco a demandé à l'Institut international Unidroit, organisation internationale oeuvrant au rapprochement des droits privés nationaux, de préparer une convention portant sur le même domaine mais réalisant un "saut qualitatif" par rapport à la convention précédente qui « *n'a pas produit tous les effets escomptés* » ne serait-ce que parce que son champ d'application est très restreint et qu'elle souffre de lacunes et d'insuffisances <sup>76</sup> ; le but recherché étant, à terme, de substituer la seconde à la première. Après de nombreuses années de travail, la convention d'Unidroit *sur les biens culturels volés ou illicitement exportés* a été adoptée à Rome le 24 juin 1995 <sup>77</sup>. Elle est entrée en vigueur le 22 juillet 1998. L'Italie l'a ratifiée le 11 octobre 1999. La France ne l'a pas encore ratifié, on verra pour quelle raison au chapitre 5.

Le texte de la convention s'ouvre par la définition des biens culturels visés, qui pose le même problème que celui qu'on vient de signaler à propos de la définition des biens culturels dans la convention de 1970. Les articles suivants délimitent un champ d'application beaucoup plus large que le champ de la convention de 1970. Tout d'abord la convention ne s'applique plus seulement aux demandes à caractère international de restitution des biens volés mais également à celles « *de retour des biens culturels déplacés du territoire d'un Etat contractant en violation de son droit réglementant l'exportation de biens culturels en vue de protéger son patrimoine culturel* » (article premier lettre b)), c'est-à-dire en cas d'exportation illicite (notion dans laquelle la convention englobe également le non-retour d'un bien culturel à la suite d'une exportation temporaire). On ne traitera, dans les développements qui suivent, que

---

<sup>76</sup> FRIER (P.-L.), *Droit du patrimoine culturel*, op. cit., 489.

<sup>77</sup> Sur cette convention : le dossier spécial de l'*International Journal of Cultural Property*, 1995, vol. 4 n°1 ; FRIGO (M.), "La convenzione dell'Unidroit sui beni culturali rubati o illecitamente esportati", *Riv. dir. int. priv. e process.*, 1996, 435 ; DROZ (G.), "La convention Unidroit sur le retour des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)", *Rev. Crit. Dt int. Privé*, 1997, 239 ; LALIVE (P.), "La convention Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (du 24 juin 1995)", *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1997, 13.

de cette seconde catégorie de réclamations car c'est seulement par elle que peuvent être mises en cause certaines compétences normatives nationales.

Le mécanisme de restitution prévu est le suivant. Les demandes de restitution ne pourront porter que sur des biens ayant été illicitement exportés après l'entrée en vigueur de la convention. L'Etat requérant doit démontrer que l'exportation illicite du bien porte atteinte à un de ses intérêts nationaux. Un des critères conventionnels de cette atteinte est que le bien revête pour l'Etat « *une importance culturelle significative* » (article 5 alinéa 3 lettre d)). La question du caractère automatique ou non de la restitution sera examinée dans les développements qui suivent car elle peut mettre en cause les compétences normatives nationales. Enfin, les obligations mises à la charge des possesseurs sont beaucoup plus poussées. La bonne foi du possesseur est toujours nécessaire pour que ce dernier bénéficie d'une indemnité de la part de l'Etat requérant. Mais ce qui change c'est que la charge de la preuve de la bonne foi est renversée. Ce n'est plus l'Etat qui réclame la restitution du bien qui doit démontrer la mauvaise foi mais c'est la personne requise qui doit démontrer qu'elle a été attentive à la provenance de ce qu'elle avait acheté. Il faut, dit précisément l'article 5 alinéa 5 de la convention, que le possesseur « *n'ait pas su ou dû raisonnablement savoir, au moment de l'acquisition, que le bien avait été illicitement exporté* ».

## **B. Les transferts de compétence relatifs à la définition des biens culturels**

Les transferts de compétence qui pourraient entraîner des atteintes à l'exclusivité de l'Etat en matière d'identification abstraite de l'intérêt public relatif aux biens culturels sont au nombre de trois : les définitions internationales et communautaires des biens culturels (1), les définitions internationales et communautaires de l'Etat d'origine (2), la nature de la compétence du tribunal ou de l'autorité compétente de l'Etat requis en cas de demande de restitution de bien culturel illicitement exporté (3).

### **1) Les définitions internationale et communautaire des biens culturels en cas de demande de restitution de bien culturel illicitement exporté**

Les définitions internationales et communautaires des biens culturels sont les définitions par lesquelles les conventions et les normes communautaires définissent l'objet auquel elles s'appliquent, en d'autres termes les biens qu'elles considèrent comme biens culturels. De manière générale ces définitions tendent à être les plus larges possibles afin qu'aucun des Etats parties ne puisse estimer qu'une partie des biens situés sur son territoire et qu'il considère comme étant des biens culturels n'y entre pas. Cependant, les définitions

internationales ou communautaires ne tiennent pas toujours intégralement compte des définitions nationales. La tendance est même à une "distanciation" de plus en plus en marquée. La raison en est simple. Plus les définitions sont des synthèses effectuées par des instances internationales et non des additions de définitions nationales et plus les mécanismes de restitution sont efficaces (en théorie). Il existe ainsi deux grandes catégories de définitions : les définitions mixtes (a) et les définitions autonomes (b). La définition autonome « *se veut entièrement autonome vis-à-vis des qualifications nationales* »<sup>78</sup>.

#### a) Les définitions mixtes

Les définitions mixtes sont les définitions qui ne se contentent pas de considérer comme bien culturel ce que les Etats parties ont déclaré comme tel mais ajoutent à cette qualification la condition de l'inclusion du bien en question dans une catégorie de biens culturels propre à la convention ou à la norme communautaire.

La convention de l'Unesco de 1970, déjà présentée au premier chapitre, propose une définition mixte de la notion de bien culturel. La première condition est celle de la qualification nationale. La seconde est celle de l'inclusion dans une liste de catégories prédéterminées et communes d'objets. C'est ce qu'exprime l'article 1 de la convention : « *sont considérés comme biens culturels les biens qui, à titre religieux ou profane, sont désignés par chaque Etat comme étant d'importance pour l'archéologie, l'histoire, la littérature, l'art ou la science, et qui appartiennent aux catégories ci-après: (...)* »<sup>79</sup>.

Mais l'emprise normative de cette convention est faible. Premièrement les catégories énumérées à l'article 1 de la convention sont, malgré quelques exceptions, la somme des catégories protégées dans les législations nationales. Deuxièmement, la notion conventionnelle de bien culturel n'a qu'une portée restreinte au champ d'application *ratione materiae* du traité et ne s'étend pas, bien entendu, aux qualifications internes.

La définition des biens culturels dans la directive communautaire est également une définition mixte. La première condition est celle de la qualification nationale (tel bien est un

---

<sup>78</sup> CARDUCCI (G.), *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art. Droit commun, directive CEE, conventions de l'Unesco et d'Unidroit*, LGDJ, 1997, 219.

<sup>79</sup> Suit l'énumération de neuf catégories dont les « a) collections et spécimens rares de zoologie, de botanique, de minéralogie et d'anatomie (...); b) les biens concernant l'histoire (...); c) le produit des fouilles archéologiques (...); d) les éléments provenant du démembrement de monuments artistiques ou historiques et des sites archéologiques; e) les objets d'antiquité ayant plus de cent ans d'âge, tels que inscriptions, monnaies et sceaux gravés (...) »

trésor national ou un élément du patrimoine (...) national). Elle est indispensable <sup>80</sup>. Elle est cependant soumise aux règles qui gouvernent l'article 30 TCE. Examinons-les.

On a vu au chapitre premier qu'une interprétation de l'article 30 TCE (ex article 36), très favorable à la souveraineté patrimoniale des Etats membres, avait longtemps prédominé, la *doctrine Pescatore*. Mais à partir de la seconde moitié des années 1980, cette interprétation a été remise en cause. L'article 30 n'est plus perçu comme un simple habillage communautaire d'une compétence de tout temps réservée aux Etats membres mais une véritable limite à leur compétence patrimoniale. Cette seconde interprétation tire toutes les conséquences de l'assimilation, posée en tant que principe par l'article 9 TCE, des biens culturels aux marchandises. Désormais les Etats membres doivent être en mesure de justifier leur recours à l'article 30, le cas échéant devant la Cour de justice. La justification est naturelle vu qu'il s'agit d'une dérogation. En doctrine, A. Mattera a grandement contribué au développement de cette interprétation, au point qu'on peut parler de *doctrine Mattera* comme pendant à la *doctrine Pescatore* <sup>81</sup>.

La Cour de Justice est compétente pour juger des recours à la dérogation dont les Etats membres font usage, et, par voie de conséquence, compétente pour juger de la qualité de trésor national (ou d'élément de leur patrimoine (...) national) qu'ils confèrent à certains de leurs biens culturels pour les soustraire au principe de la libre circulation des marchandises. L'alinéa 2 de l'article 30 fonde ce pouvoir de contrôle en prévenant que les interdictions ou les restrictions de circulation des trésors nationaux ou des éléments du patrimoine (...) national, que permet le premier alinéa, «*ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres*».

A ce jour, la Cour de Justice n'a rendu aucune décision portant sur le recours des Etats membres à l'article 30 et sur les qualifications de trésor national ou d'élément du patrimoine (...) national qu'ils ont pu retenir. La décision de 1968 qu'on a déjà citée ne portait pas sur l'interdiction ou la limitation de sortie du territoire de certains biens culturels italiens mais sur

---

<sup>80</sup> Mais il s'agit d'une mixité renforcée au bénéfice des Etats car la qualification nationale peut intervenir même après la sortie illicite du territoire. Ce mécanisme vise surtout les vestiges archéologiques découverts lors des fouilles clandestines et illicitement exportés. Si c'est l'Etat italien qui est en cause, la qualification légale s'applique *ipso facto* à ces vestiges sans qu'un acte administratif soit nécessaire à partir du moment où l'Etat vient à connaître de leur existence. Rappelons encore une fois M. S. Giannini : « *La valeur artistique ou historique est, en nature et dépassant les qualifications juridiques, inhérente (aux choses et ce) où qu'elles se trouvent, c'est-à-dire (...) aussi bien dans un système dont la législation connaît la figure juridique des biens culturels que dans un système où la législation les ignore* », "I beni culturali", *art. cit.*, 27. Si l'Etat français est en cause, à partir du moment où il vient à connaître l'existence de vestiges il peut adopter un acte administratif de qualification. Dans les deux cas la directive communautaire permet de "rattraper" les biens.

<sup>81</sup> MATTERA (A.), *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1990, 775 et surtout "La libre circulation des oeuvres d'art à l'intérieur de la Communauté européenne et la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique", *Rev. Mar. Un. Eur.*, 2, 1993, 9-32.



une mesure d'accompagnement de cette sortie, la taxe à l'exportation. La Cour n'en a pas moins profité pour préciser que l'exception de l'article 30 était « *d'interprétation stricte* »<sup>82</sup>. Malgré cette position de principe, deux arguments rendent peu envisageables les contrôles "sur le fond" des recours à l'article 30 et aux qualifications de trésor national ou d'élément du patrimoine (...) national qui s'en suivent de la part de la Cour de justice.

Premièrement, il existe une abondante jurisprudence relative aux autres clauses d'exceptions de l'article 30. Parmi cette jurisprudence, les décisions de la Cour relatives aux « *raisons de moralité publique* » (la moralité publique fonde également une dérogation possible au principe de libre circulation des marchandises) sont plus particulièrement intéressantes car, comme le rappelle F. Rigaux, « *il n'existe pas de conception communautaire de la moralité publique* » pas plus qu'il n'existe de conception communautaire du trésor national ou de l'élément du patrimoine (...) national. La Cour a estimé qu'il appartenait à chaque Etat de déterminer ses exigences propres dans ce domaine « *à condition qu'elles n'emportent aucune discrimination à l'encontre des biens importés d'un autre Etat membre* »<sup>83</sup>. Dans ces cas, poursuit F. Rigaux « *la motivation de l'exception apportée à la libre circulation des marchandises est de nature non économique et rend par conséquent plus difficile l'adoption d'une définition communautaire* ».

Deuxièmement, la Cour de Justice pourrait également avoir des difficultés à se prononcer sur le fond à cause de la différence des versions linguistiques de l'article 30 TCE. Deux expressions différentes ont en effet été utilisées. Un premier groupe de versions linguistiques utilise une expression semblable à celle des *trésors nationaux* de la version française (les versions anglaise, danoise et grecque). Un second groupe utilise une expression semblable à celle de *patrimoine national* de la version italienne (les versions espagnole, portugaise et néerlandaise)<sup>84</sup>. Or, ne serait-ce qu'intuitivement, on perçoit bien la différence de sens des deux expressions. Celle de *trésor national* fait référence à quelque chose de précieux, alors que celle de *patrimoine national* n'implique rien de forcément précieux et quelque chose liée à la nation par un simple attachement sentimental pourrait même faire partie du patrimoine national. Cette imprécision est un argument qui pousse F. Rigaux à

---

<sup>82</sup> Rec, 628.

<sup>83</sup> CJCE, 14 décembre 1979, *Regina c. Henne et Darby*, 3795 ; CJCE, 11 juillet 1990, *Quietlynn Ltd et Richards c. Southernnd Borough Council*, C-23/89 ; CJCE, 7 mai 1991, *Sheptonhurst Ltd c. Newham Borough Council*, C-350/89.

<sup>84</sup> MATTERA (A.), "La libre circulation des oeuvres d'art à l'intérieur de la Communauté", *art. cit.*, 22.

conclure qu'il n'était guère concevable « *que la Cour de Justice conteste le rang de trésor national attribué par un Etat membre à certains de ses biens culturels* » <sup>85</sup>.

Seuls des contrôles classiques de la Cour de justice portant sur les aspects plutôt formels des actes semblent alors envisageables, au premier rang desquels le contrôle de proportionnalité. Le principe de proportionnalité met à la charge des Etats membres le respect des moyens utilisés par rapport au but recherché, les mesures nationales doivent être appropriées, c'est-à-dire suffisantes « *et non excessives par rapport au but visé* » <sup>86</sup>. La question de la compatibilité avec l'article 30 TCE de mécanismes juridiques nationaux qui assimilaient tous les objets protégés au titre de leur législation à des trésors nationaux ou à des éléments de leur patrimoine (...) national, comme le font les droits italien et français, sera examiné au chapitre 5.

Retournons à la définition de la directive. Le bien doit satisfaire, outre la qualification nationale, à une autre condition: il doit soit appartenir à l'une des catégories prévues dans l'annexe de la directive, soit faire partie intégrante des collections publiques figurant sur les inventaires des musées, ou des archives et fonds de conservation des bibliothèques, ou des inventaires des institutions ecclésiastiques. En conséquence, les trésors nationaux appréhendés par la directive et susceptibles de restitution intra communautaire constituent un ensemble de biens plus restreint que celui issu des notions nationales car les Etats peuvent très bien protéger des biens qui n'entrent pas dans les catégories de l'annexe et qui ne font pas partie de collections publiques. Pour G. Carducci, l'explication réside dans « *l'absence de consensus, au sein de la Communauté en faveur d'une restitution en blanc, portant sur tout objet qualifié unilatéralement par l'Etat membre d'origine, de trésor national* » <sup>87</sup>. L'annexe de la directive reprend (sous réserve de quelques différences très mineures) les catégories figurant dans l'annexe du règlement. Les biens figurant dans ces catégories doivent répondre à des critères d'ancienneté, en général 100 ans et pour certains objets à des critères de valeur pécuniaire <sup>88</sup>. Enfin pour être restitué, le bien culturel au sens de la directive doit avoir quitté illicitement le territoire d'un Etat membre, soit « *en violation de la législation de cet Etat membre en matière de protection des trésors nationaux ou en violation du règlement (CEE) n°3911/92* »

---

<sup>85</sup> RIGAUX (F.), "Libre circulation des biens culturels et protection des trésors nationaux", *European Review of Private Law*, 1994, 95-110, 101.

<sup>86</sup> MATTERA (A.), "La libre circulation des oeuvres d'art à l'intérieur de la Communauté", *art. cit.*, 16 et VOUDOURI (D.), "Circulation et protection des biens culturels dans l'Europe sans frontière", *art. cit.*, 491 qui cite les décisions CJCE, 20 mai 1975, 104/75, *De Peijper*, 613 et CJCE, 10 octobre 1978, 13/78, *Eggers*, 1935.

<sup>87</sup> CARDUCCI (G.), *La restitution internationale*, *op. cit.*, 223.

<sup>88</sup> Les biens sont divisés en quatre catégories de valeurs pécuniaires différentes. Le critère de la valeur pécuniaire n'est pas exigé pour les objets de la première catégorie: objets archéologiques, démembrements de monuments, incunables, manuscrits et archives.

soit ne pas avoir été réexpédié dans le pays d'origine à la suite d'une autorisation temporaire de sortie

#### b) Les définitions autonomes

Il existe deux définitions autonomes de la notion de bien culturel dans le droit de la circulation internationale des biens culturels : celle du règlement communautaire de 1992 et celle de la convention de l'Unidroit.

L'article 1 du règlement de 1992 prévoit que « *les biens culturels (soumis à ce règlement) sont les biens figurant à l'annexe* ». La condition de la qualification étatique n'est pas présente. Pour qu'un bien soit soumis au régime uniforme d'exportation il faut seulement qu'il entre dans une des catégories de biens prévues à l'annexe du règlement. Pour B. De Witte « *la définition par le Conseil dans l'annexe, des catégories de biens soumises au régime uniforme d'exportation, constitue un choix de politique culturelle que les Etats membres doivent désormais respecter* » <sup>89</sup>.

La définition que la convention Unidroit donne des biens culturels est également une définition autonome. Elle ne reprend pas la condition de la qualification nationale qu'on trouve dans les définitions mixtes. Cependant, les catégories de biens prévues sont celles de la convention de l'Unesco de 1970. « *Par biens culturels, au sens de la présente Convention, on entend les biens qui, à titre religieux ou profane, revêtent une importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science et qui appartiennent à l'unes catégories énumérées dans l'annexe de la présente Convention* » (article 2).

La convention ajoute une condition supplémentaire qui va dans le sens d'une limitation du pouvoir normatif de définition des Etats parties. Les biens doivent être importants au regard de l'archéologie, de la préhistoire, de l'histoire, de la littérature de l'art ou de la science, en général. Cette condition a pour but d'éviter que les mécanismes de restitution ne soient encombrés par des demandes portant sur des objets de faible valeur.

Néanmoins, à notre avis, la convention n'est que faussement autonome. En phase d'application il est en effet demandé à l'Etat requérant de démontrer que le bien représente pour lui une « *importance culturelle significative* ». Et si le bien a préalablement fait l'objet d'une qualification, l'argument sera de poids dans la revendication.

Dans l'ensemble, ces mécanismes demandent peu de sacrifices normatifs aux Etats qui s'y associent. Les mécanismes communautaires seraient ceux qui paraissent le plus en mesure

---

<sup>89</sup> DE WITTE (B.), "The Cultural Dimension of Community Law", Academy of European Law ed., *Collected courses of the Academy of European Law*, Vol. IV, book 1, 229-299, 243.

de mettre en cause la compétence normative des Etats relative à la définition des biens culturels. Toutefois il ne s'agit que de mécanismes lourds et jusqu'à présent assez peu efficaces. En outre, il n'y a de sacrifice que vis-à-vis des champs d'application conventionnels et communautaires des mécanismes de restitution. En dehors de ces derniers, l'exclusivité normative des Etats reste entière. Ce n'est pas de ce côté-là que l'Etat peut se sentir le plus menacé.

## 2) Les définitions internationale et communautaire de l'Etat d'origine en cas de demande de restitution de bien culturel illicitement exporté

### a) Position du problème

La définition de l'Etat d'origine est sans doute la question la plus complexe du droit international des biens culturels. Tentons de la poser en termes simples. Un Etat sur le territoire duquel se trouve un bien culturel, à la suite d'une importation illicite, peut s'en voir demander la restitution (c'est l'Etat requis) par l'Etat du territoire duquel le bien a été illicitement exporté (c'est l'Etat requérant). Le droit international privé enseigne que l'Etat requis peut s'opposer à la restitution pour des prétextes divers. Parmi ceux-ci il peut nier à l'Etat requérant la qualification d'Etat d'origine du bien, celui d'où a eu lieu l'exportation illicite.

Si l'Etat requérant n'est pas l'Etat d'origine parce qu'il n'est qu'un simple Etat de réexportation la question peut encore se résoudre simplement et juridiquement puisque, en théorie, il suffit de remonter jusqu'au véritable Etat d'origine. Mais si l'Etat requérant se voit dénier la qualité d'Etat d'origine pour des raisons culturelles, la question prend une tournure extrêmement délicate. L'Etat requérant n'a pas alors de titre à la restitution car le bien ne fait pas partie de sa culture. Les raisons culturelles (on trouve également l'expression liens idéologiques) sont le cheval de bataille de pays jugeant aujourd'hui avoir été hier au mieux dépossédés à vil prix de leurs biens culturels au pire avoir été pillés <sup>90</sup>. Beaucoup des acquisitions réalisées au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècles par les musées européens et occidentaux en général, l'ont été dans des conditions de relatifs accords qui attribuaient une moitié des objets retrouvés lors de campagnes de fouilles à l'Etat ayant réalisé et financé les travaux archéologiques et l'autre moitié à l'Etat où les fouilles avaient été pratiquées.

Face à ces revendications actuelles, les droits nationaux des *beati possidentes* étatiques mettent en avant le critère classique et formel de la propriété légalement acquise. Le droit

---

<sup>90</sup> La doctrine anglo-saxonne a beaucoup étudié ces questions. Voir par exemple, COOMBE (R. J.), "The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity : Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1993, 249-285

français dispose en outre d'une ligne de défense assez bien adaptée face aux arguments de type 'lien idéologique'. Il fonde la protection des biens culturels sur l'intérêt que peut leur porter la société française à un moment donné et non pas sur l'intérêt tout court que représentent ces biens. D'une certaine manière la France peut ainsi mettre en avant ses propres liens idéologiques avec une œuvre et ceux-ci seront d'autant plus forts que l'œuvre est depuis longtemps sur le territoire français. Cet argument, conjugué à celui de l'acquisition légale du bien permet à l'administration chargée des monuments historiques de remporter les procès qui peuvent l'opposer à des propriétaires désireux d'exporter leurs biens et contestant le refus d'autorisation qui leur a été opposé. Le Conseil d'Etat a établi une véritable jurisprudence en ce sens avec les décisions *Schlumpf* de 1981, *Genty* de 1987 et *Walter* de 1992 <sup>91</sup>. Dans l'affaire *Walter*, le Conseil d'Etat a déclaré que « *la circonstance que, peint en France par un artiste étranger, ce tableau (un Van Gogh) ait quitté la France après la mort du peintre pour n'y revenir qu'en 1955 n'interdit nullement au ministre de la Culture de le regarder comme présentant un intérêt public au point de vue de l'histoire et de l'art* » <sup>92</sup>. Il n'est pas impossible que cette ligne de défense soit utilisée en Italie mais cela sera plus délicat car le système italien ne repose pas sur l'intérêt qu'un bien représente pour la société mais sur l'intérêt qu'il présente en lui-même. On rappellera qu'un tribunal américain refusa de considérer qu'un tableau de Matisse illicitement exporté d'Italie aux Etats Unis puisse être considéré comme un trésor national italien car ni l'artiste ni le sujet du tableau ne relevaient de la culture italienne. Pour cette raison, la restitution demandée n'a pas été accordée <sup>93</sup>.

#### b) La définition de l'Etat d'origine dans les systèmes conventionnels

Tous les textes internationaux en vigueur défendent la position de l'Etat ayant souffert de l'exportation illicite. Tout d'abord aucun n'est rétroactif, ce qui a pour conséquence de rendre impossible les revendications anciennes en dehors de la voie, difficile, du droit international privé. Deuxièmement, face aux liens culturels ou idéologiques, le critère territorial (on trouve encore l'expression lien physique), simple et favorable aux *beati possidentes* étatiques est systématiquement favorisé. Selon ce critère, un bien culturel se

<sup>91</sup> CE, 27 mars 1981, *Trésor et Ministre de la Culture c. Syndics à la liquidation des biens de MM. Schlumpf*, 168, CE, 7 octobre 1987, *Ministre de la Culture c. Consorts Genty*, AJDA, 1987, 768 ; CE, 31 juillet 1992, *Walter, D*, 1994, 17 note D. THOMAS.

<sup>92</sup> On peut toutefois estimer que la formulation du conseil d'Etat est malheureuse car, selon les termes de la loi de 1913, c'est la conservation d'un bien meuble qui, lorsqu'elle présente un intérêt public, est de nature à justifier son classement, et non l'intérêt que peut représenter bien lui-même.

<sup>93</sup> Court of Appeal for the 2<sup>nd</sup> Circuit : *Jeanneret v. Vichey*, 693 F. 2d 259 (2d Cir.1982) et 541 F. Supp. 80 (SDNY 1982) commentée par NASS, "Jeanneret v. Vichey : Evaporating the Cloud", *New York Univ. Journal Int. Law and Politics*, 1983, 999.

trouvant avec un titre valable sur le territoire d'un Etat relève de cet Etat. Il a été appliqué par la convention de l'Unesco de 1970 <sup>94</sup>.

Le projet de la convention Unidroit contenait une clause d'exception à la restitution. Si le bien réclamé présentait « *un lien étroit avec la culture de l'Etat requis* » ce dernier pouvait refuser la restitution. G. Carducci a fait remarquer que « *l'absence d'un lien plus étroit avec l'Etat requis était conçue en tant que véritable exception d'ordre public 'culturel'* » <sup>95</sup>. Cette clause n'a pas été reprise dans le texte finalement adopté par la conférence internationale et la convention de l'Unidroit applique également le critère territorial <sup>96</sup>. L'article 1 indique que la convention « *s'applique aux demandes à caractère international : (...) b) de retour de biens culturels déplacés du territoire d'un Etat contractant en violation de son droit réglementant l'exportation de biens culturels en vue de protéger son patrimoine culturel* ».

#### c) La définition de l'Etat d'origine dans le système communautaire

Le règlement communautaire attribue la compétence de la délivrance de l'autorisation d'exportation à « *l'Etat membre sur le territoire duquel se trouvait, légalement et à titre définitif, le bien culturel considéré au premier janvier 1993* » (article 2.2). C'est l'Etat d'origine. Ce n'est pas forcément l'Etat d'où l'exportation est envisagée (Etat d'exportation). Le critère territorial est donc appliqué même si l'interprétation des expressions *légalement* et à *titre définitif* a posé de sérieux problèmes à la doctrine. La première expression, *légalement*, exclut sans doute du champ d'application du règlement les biens volés et les biens illégalement exportés <sup>97</sup>. La seconde expression, à *titre définitif*, exclut vraisemblablement du

---

<sup>94</sup> Dans son article 4, la convention de l'Unesco a posé comme principe que « *Les Etats parties (...) reconnaissent (que) les biens culturels appartenant aux catégories ci-après font partie du patrimoine culturel de chaque Etat : a. Biens culturels nés du génie individuel ou collectif de ressortissants de l'Etat considéré et biens culturels importants pour l'Etat considéré, créés sur le territoire de cet Etat par des ressortissants étrangers ou par des apatrides résidant sur ce territoire; b. Biens culturels trouvés sur le territoire national; c. Biens culturels acquis par les missions archéologiques, ethnologiques ou de sciences naturelles, avec le consentement des autorités compétentes du pays d'origine de ces biens; d. Biens culturels ayant fait l'objet d'échanges librement consentis; e. Biens culturels reçus à titre gratuit ou achetés légalement avec le consentement des autorités compétentes du pays d'origine de ces biens.* »

<sup>95</sup> CARDUCCI (G.), *La restitution internationale des biens culturels* ..., op. cit., 299.

<sup>96</sup> D'autres projets internationaux prévoyaient même une sorte de tierce opposition en permettant à un Etat différent de l'Etat requis mais prouvant des liens étroits entre l'objet contesté et sa propre culture de réclamer le bien à son profit.

<sup>97</sup> VON PLEHWE (T.), "European Union and the Free Movement of Cultural Goods", *European Law review*, 1995, 431-450. Mais dans ce cas, le règlement ne prévoit pas de compétence pour l'exportation vers les pays tiers d'un bien qui se trouverait illégalement sur le territoire d'un Etat membre au premier janvier 1993. En outre, il est difficile de prouver le caractère légal de l'envoi d'un objet se trouvant sur le territoire d'un Etat membre autre que celui de l'Etat d'origine VOUDOURI (D.), "Circulation et protection des biens culturels dans l'Europe sans frontière", art. cit., 479. Dans le cas où le bien est entré sur le territoire d'un Etat membre après le premier janvier 1993, il semble nécessaire de distinguer trois situations. En premier lieu le bien peut être entré en provenance d'un autre Etat membre. La situation est simple. La compétence pour délivrer la licence d'exportation revient à l'Etat d'exportation si du moins la légalité de l'envoi est établie. En deuxième lieu, le bien peut être importé d'un pays tiers. Son exportation vers un pays tiers (le même ou un autre) ne sera soumise à aucune obligation particulière, mais il serait sans doute nécessaire de demander un certificat d'importation prouvant que le bien en question n'entretient pas de lien avec l'Etat membre sur lequel il se trouve. En troisième lieu, le bien peut être réimporté d'un

champ d'application du règlement les biens entrés sur le territoire d'un Etat membre à la suite d'une expédition ou d'une importation à titre temporaire.

La directive du Conseil 93/7 du 15 mars 1993 permet à un Etat membre de demander à un autre Etat membre la restitution d'un bien culturel « *ayant quitté illicitement* » son territoire dès lors que le bien en question « *est sorti (de son) territoire en violation de (sa législation) en matière de protection de ses trésors nationaux ou en violation du règlement CEE n°3911/92* » (article 1.2). L'emploi du critère territorial est clair. La condition de la définition du bien culturel ayant illicitement quitté le territoire de l'Etat requérant a été étudiée en b) ci-dessus.

Malgré une opinion publique de plus en plus sensible et malgré des revendications de plus en plus fortes en faveur de la prise en compte des liens idéologiques, le droit international et le droit communautaire en vigueur ne présentent pas, grâce au critère territorial et à la non-rétroactivité, de faille qui permettrait de contester les qualifications étatiques.

### 3) La nature de la compétence du tribunal ou de l'autorité compétente de l'Etat requis en cas de demande de restitution de bien culturel illicitement exporté

Une dernière atteinte à l'exclusivité de l'Etat en matière d'identification abstraite de l'intérêt public relatif aux biens culturels aurait pu être portée si le tribunal de l'Etat requis, saisi d'une demande de restitution (dans le système de la convention de l'Unidroit ou dans le système communautaire) avait été doté d'une compétence discrétionnaire.

En dotant les tribunaux d'une compétence de nature discrétionnaire, c'est-à-dire du pouvoir d'apprécier la réalité des conditions demandées par l'article 8 de la directive ou par l'article 5 de la convention de l'Unidroit, ces textes auraient permis aux organes juridictionnels de substituer leur appréciation à celle de l'Etat requérant, en refusant la restitution demandée au motif que ce que l'Etat requérant considérerait comme bien culturel illicitement exporté de son territoire ne l'était pas à leurs yeux. Il se serait agi d'un mécanisme comparable à l'exception d'illégalité, de nature à remettre indirectement en cause les compétences normatives de l'Etat.

Or, les expressions employées par la directive et la convention ne laissent pas de grandes marges interprétatives aux organes juridictionnels.

---

pays tiers après exportation d'un Etat membre. L'autorité saisie doit alors vérifier la légalité de l'exportation initiale avant de conclure à sa compétence (pour délivrer la licence).

a) La nature de la compétence du tribunal de l'Etat requis dans le système communautaire de restitution

L'article 8 de la directive pose les deux conditions de fond que nous avons déjà rencontrées : le bien doit être un bien culturel au sens de la directive (qui elle-même renvoie pour partie à sa propre définition, la liste, à celle des Etats membres, la qualification, et à l'article 30, la dérogation) et il a du sortir illicitement du territoire de l'Etat requérant <sup>98</sup>. Deux arguments militent pour l'absence d'un quelconque pouvoir discrétionnaire dans le mécanisme communautaire de restitution. Premièrement, l'article 5 de la directive précise que *« pour être recevable, l'acte introductif de l'action en restitution doit être accompagné : d'un document décrivant le bien faisant l'objet de la demande et déclarant que celui-ci est un bien culturel, d'une déclaration des autorités compétentes de l'Etat membre requérant selon laquelle le bien culturel a quitté illicitement son territoire »* <sup>99</sup>. Il ne s'agit là que de conditions de recevabilité mais on ne voit pas dans quel interstice, une fois ces deux documents présentés au tribunal par l'Etat requérant, un pouvoir d'appréciation propre des juges pourrait se glisser. Deuxièmement, la reconnaissance d'un pouvoir d'évaluation autonome du juge irait contre l'esprit de la directive qui dans le fond n'est pas autre chose qu'un instrument permettant à des normes et à des actes nationaux d'acquérir un effet obligatoire à l'étranger, et dont le but est de faire échec à la forte tradition contraire qui veut que les lois de police nationales n'aient pas d'effet à l'étranger. On ne peut donc que partager la conclusion de M.P. Chiti selon laquelle *« la solution définitivement choisie par la directive ne confère pas de marge d'appréciation aux juges compétents »* <sup>100</sup>.

Néanmoins il ne semble pas possible d'exclure l'éventualité d'un recours préjudiciel de la part d'un tribunal chargé de prononcer la restitution d'un bien culturel illicitement exporté auprès de la Cour de justice de la communauté européenne. Ce recours ne pourrait pas être fondé sur un autre motif que sur un doute à propos de la qualité de trésor national (ou d'élément du patrimoine (...) national) présentée par un Etat requérant comme élément de la définition de bien culturel requise par la directive. En ce cas s'appliquerait alors tout ce qui a

---

<sup>98</sup> L'article 8 de la directive pose également deux conditions de forme : le respect des délais de prescription (tels que définis par l'article 7 de la directive) et l'application du mécanisme de restitution aux seuls biens ayant quitté le territoire de l'Etat requérant après le 1<sup>er</sup> janvier 1993. Ni l'un ni l'autre sont de nature à fonder une compétence discrétionnaire.

<sup>99</sup> Les deux lois de transposition reprennent ces conditions telles qu'elles : article 75 du texte unique italien et article 8 alinéa 1 de la loi française n°96-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre, *JORF*, 4 août 1995.

<sup>100</sup> CHITI (M.P.), "Circolazione e tutela dei beni culturali in ambito comunitario" in M.P. CHITI ed, "Beni culturali e comunità europea", Quaderni della *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano, Giuffrè, 1994, 141-169, 160.



été dit précédemment à propos du contrôle que la Cour de justice pourrait exercer sur le recours à cette dérogation par les Etats membres et auquel nous renvoyons.

b) La nature de la compétence du tribunal de l'Etat requis dans le système conventionnel de restitution

La convention de l'Unidroit met certes plus de conditions à la charge de l'Etat requérant qui réclame la restitution d'un bien illicitement exporté hors de son territoire que n'en met la directive. L'article 2 impose que le bien réclamé soit un bien culturel au sens de l'article 2 (ce qui nous renvoie à la définition) et l'Etat requérant doit établir en outre que l'exportation « *porte une atteinte significative* » à l'un des cinq intérêts prévus par l'alinéa 3 de l'article 5. Si les quatre premiers de ces intérêts sont des intérêts spécifiques et assez particuliers (on ne les énumérera pas ici), le cinquième est en revanche plutôt large puisque l'Etat doit seulement établir « *que le bien revêt pour lui une importance culturelle significative* » (ce qui permettrait, selon G. Droz, la réclamation de biens en fonction de l'intérêt que leur porte la nation sans qu'il s'agisse pour autant de biens nationaux). Les demandes de restitution doivent être « *accompagnées de toute information de fait ou de droit permettant au tribunal ou à l'autorité compétente de l'Etat requis de déterminer si les conditions des paragraphes 1 à 3 sont remplies* » (article 5 alinéa 4). La doctrine est toutefois partagée. Certains auteurs estiment que le tribunal ou l'autorité compétente de l'Etat requis dispose d'une marge autonome d'appréciation et qu'il peut donc remettre en question les qualifications de l'Etat requérant. D'autres estiment qu'il n'en dispose pas. Parmi les premiers P. Lalive estime que « *la convention laisse bien entendu à l'autorité de l'Etat requis la décision d'ordonner ou non le retour du bien culturel (...) si elle estime les conditions légales remplies en l'espèce* » <sup>101</sup>. M. Frigo exprime la même réserve en remarquant très concrètement qu'en « *l'absence de système d'inventaire exhaustif ou du moins précis, il sera difficile d'obtenir le retour d'un bien de la part de l'autorité (compétente) étrangère, alors qu'il n'est pas possible de prouver la connaissance du même bien, ou par exemple, sa provenance d'un site archéologique déterminé* » comme cela advient souvent <sup>102</sup>. Parmi les seconds, G. Droz avance que la restitution est due si l'atteinte portée aux intérêts de l'Etat est significative car le but de la convention de l'Unidroit est de permettre l'application, dans des

---

<sup>101</sup> LALIVE (P.), "La convention unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (du 24 juin 1995), *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1997, 42-43.

<sup>102</sup> FRIGO (M.), "La convenzione dell'unidroit sui beni culturali rubati o illecitamente esportati", *Riv. dir. int. priv. e process.*, 1996, 435, 453.

cas bien précis, du droit public de l'Etat requérant. Son but n'est pas d'ouvrir des échappatoires rouvrant des conflits de droit international privé dans lesquels, malgré les évidences les plus macroscopiques d'exportation illicite, rien n'oblige les autorités compétentes des Etats requis à appliquer le droit public des Etats requérants <sup>103</sup>. C'est le point de vue qu'on partage.

Malgré cette dernière controverse, on croit pouvoir conclure que les organes juridictionnels des Etats requis ne disposent que d'une compétence liée pour ordonner la restitution d'un bien culturel lorsque les conditions conventionnelles ou communautaires sont réunies.

Dans l'ensemble, on peut estimer que les Etats ont abandonné quelques marges de compétence normative en matière de définition des biens culturels afin de bénéficier de mécanismes conventionnels et communautaires de restitution plus efficaces, mais que ces abandons, qui sont sans effet dans les droits nationaux, ne sont pas de nature à mettre en cause, pour l'instant, l'exclusivité normative des Etats. On va toutefois voir immédiatement que, du point de vue des procédures de mise en œuvre, ces mécanismes sont beaucoup plus menaçants.

### **C. La question de la création d'une compétence communautaire exclusive à la suite du règlement n°3911/92 et de la directive n°93/7**

Les compétences communautaires internes peuvent créer par projection des compétences communautaires externes symétriques c'est-à-dire des compétences communautaires exclusives et donc soustraire entièrement le domaine en question à la compétence des Etats membres. On va voir si ce cas de figure est réalisé dans le domaine de la restitution des biens culturels: en posant le problème (1), puis en examinant le rapport existant entre la directive et les conventions internationales en vigueur (2) et enfin en concluant sur la création d'une compétence communautaire externe exclusive par la directive (3).

#### **1) Position du problème**

Il faut distinguer le cas du règlement d'une part et celui de la directive d'autre part car ils ont été adoptés sur des fondements conventionnels différents.

---

<sup>103</sup> DROZ (G.). "La convention Unidroit sur le retour des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)", *Rev. Crit. Dt int. Privé*, 1997, 239, 261.

Le cas du règlement du Conseil du 9 décembre 1992 n°3911/92 concernant l'exportation des biens culturels est relativement simple. Il a été adopté sur le fondement de l'article 133 TCE (ex article 113). Il s'agit donc d'une norme de politique commerciale commune qui relève d'une compétence exclusive de la Communauté (du moins pour les aspects formels et de procédure comme on vient de le voir). Les Etats membres n'ont plus la possibilité d'adopter quelque norme que ce soit dans ce domaine en dehors de la sphère de compétence qui leur est laissée par la dérogation de l'article 30 TCE (c'est-à-dire les aspects substantiels). La question de savoir si cette compétence communautaire interne crée par projection une compétence communautaire externe ne se pose pas en raison de l'objet de la compétence. La réglementation de l'exportation est en effet une matière seulement interne. Elle ne peut être envisagée sous l'angle d'une compétence externe.

Le cas de la directive du Conseil n°93/7 du 15 mars 1993 relative à la restitution des biens culturels illicitement exportés hors du territoire d'un Etat membre est beaucoup plus complexe. La directive n'a pas été adoptée sur le fondement de la politique commerciale commune mais sur celui de l'article 95 TCE (ex 100 A) et constitue ainsi une mesure d'harmonisation des législations ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Son entrée en vigueur a pour effet d'interdire aux Etats membres d'adopter dans son champ toute mesure qui serait autre qu'une mesure de transposition dans le droit national. Or toute autre mesure ne pourrait être, vu l'objet de la directive, que l'adhésion à une norme internationale. Par conséquent, les Etats membres ne peuvent plus se voir appliquer les effets infra européens de convention de portée plus générale ayant pour objet la restitution de biens culturels illicitement exportés.

Cette situation pose deux questions. La première est celle du rapport que la directive entretient avec les normes internationales en vigueur dans le domaine de la restitution en général comme la convention de l'Unesco de 1970 *concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriétés illicites de biens culturels* et la convention de l'Unidroit de 1995 *sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*. La seconde est relative à la capacité des Etats membres de devenir ou de rester partie à ces conventions qui concernent la restitution non plus infra mais extra européenne.

2) Le rapport entre la directive et les conventions internationales en vigueur ayant le même objet

On se propose de raisonner à partir d'un cas de figure très proche du rapport entre la directive relative à la restitution infra européenne et des conventions relatives à la restitution mondiale, et déjà tranché par la CJCE en 1996. Il s'agit du rapport entre la directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 dite télévision trans-frontière et la convention du Conseil de l'Europe sur la télévision trans-frontière du 5 mai 1989 <sup>104</sup>. La directive télévision trans-frontière avait été adoptée par le Conseil sur le même fondement conventionnel que la directive restitution de 1993, à savoir l'article 95 TCE (ex 100 A) et constituait ainsi une mesure de rapprochement des législations. Le rapport entre la directive et la convention pouvait donner lieu à des questions d'une très grande complexité si la première et les secondes ne prévoyait pas des « *clauses de déconnexion* » à savoir « *des dispositions expresses relatives à leurs relations avec d'autres instruments* » selon les termes de l'article 30 de la convention de Vienne du 23 mai 1969. Une clause de déconnexion était prévue à l'article 27 de la convention du Conseil de l'Europe. Le droit communautaire prévoyait de son côté une clause de déconnexion générale selon laquelle « *l'Etat membre prenait toutes les mesures propres à l'exécution des obligations découlant (...) des actes des institutions de la Communauté* » (article 5 TCE). Cette clause interdit aux Etats membres d'adopter des normes ou des mesures dans le champ de la norme communautaire (à l'exception des normes que la norme communautaire a elle-même prévues). Ces deux clauses ont permis à la Cour de se prononcer dans le sens d'une conciliation entre les deux textes. En ce qui concerne les dispositions de la directive et les dispositions de la convention qui portent sur le même objet, les dispositions de la convention sont écartées (la clause de déconnexion de la convention allait en ce sens). Quant aux dispositions relatives à la même matière mais ayant un objet différent, elles s'appliquent chacune dans leur ordre et avec leurs effets respectifs. Pour être bref, tout ce qui ne rentre pas dans le champ de la directive est laissé à la convention.

La convention de l'Unesco ne prévoit pas de clause de déconnexion. Son cas sera abordé sous un autre angle. La convention de l'Unidroit de 1995 prévoit que « *dans leurs relations mutuelles, les Etats contractants membres d'organisations d'intégration économique ou d'identités régionales peuvent déclarer qu'ils appliquent les règles internes de ces organisations ou entités et n'appliquent donc pas dans ces relations les dispositions de la présente convention dont le champ d'application coïncide avec celui de ces règles* » (article 13 paragraphe 3). Il s'agit d'une clause facultative, qui, selon J.-S. Bergé, « *n'est susceptible*

---

<sup>104</sup> CJCE, 10 septembre 1996, *Commission c. Royaume-Uni*, C-222/94, Rec., I-4025.

*d'atteindre que les dispositions de la convention d'Unidroit dont le champ d'application coïncide avec les règles communautaires »* <sup>105</sup>. On remarquera que la Communauté n'est pas désignée. Néanmoins, « *on observe que tous les Etats membres de la Communauté qui se sont officiellement prononcés sur le sujet ont opté pour la clause de déconnexion »* <sup>106</sup>. L'Italie qui a adhéré à la convention a fait explicitement figurer dans sa loi de ratification et d'exécution, la précision selon laquelle « *les dispositions de la convention et de la présente loi ne s'appliquent pas dans les rapports avec les Etats parties membres de l'Union européenne et réglementés par la directive 97/CEE du Conseil du 15 mars 1993 et ses modifications successives »* (article 7) <sup>107</sup>. La France n'a pas adhéré à la convention de l'Unidroit.

Revenons à la convention de l'Unesco de 1970 à laquelle l'Italie a adhéré en 1978 et la France en 1997. Officiellement, la question de son rapport avec la directive n'a été ni tranchée ni même évoquée. On pourrait estimer que cette convention n'est implicitement pas applicable entre les Etats membres de la Communauté. En effet, il n'y aurait guère de sens à maintenir applicable entre les Etats membres la convention de l'Unesco dont les dispositions sont moins contraignantes vis-à-vis des Etats parties que celles de la convention de l'Unidroit qui n'est pas applicable entre les Etats membre comme on vient de le voir. Il est étrange que la France, en ratifiant la convention en 1997 n'ait pas fait état de cette restriction de l'effet de la convention à son égard <sup>108</sup>. Si la convention de l'Unesco de 1970 n'est plus applicable entre les Etats membres il en résulte nécessairement que les accords bi ou multilatéraux d'application de cette convention qui ont pu intervenir entre les Etats membres sur le fondement de l'article 15 de la convention de l'Unesco de 1975 ne sont pas non plus applicables. Les accords de ce type passés entre un Etat membre et un Etat tiers comme c'est le cas du *Memorandum of Understanding* signé entre l'Italie et les Etats-Unis en 1999 ne sont pas *a priori* concernés puisqu'ils ont trait à la restitution extra européenne et n'entrent pas dans le champ de la directive qui ne s'attache qu'à la restitution intra européenne. De même, les accords d'application de la convention d'Unidroit que les Etats parties peuvent passer entre eux ne sont pas envisageables entre Etats membres de la Communauté (article 13 paragraphe 2).

---

<sup>105</sup> BERGE (J.-S.), "La convention d'Unidroit sur les biens culturels : remarque sur la dynamique des sources en droit international", *Journal de droit international*, 2000, 215-252, 241.

<sup>106</sup> *Id.*

<sup>107</sup> Loi n.213 du 7 juin 1999 *ratification et exécution de l'acte final de la conférence diplomatique pour l'adoption du projet de convention de l'Unidroit*, GURI, 27 octobre 1999, n.235.

<sup>108</sup> La France a ratifié la convention en la publiant au Journal officiel (décret n°97-435 du 27 avril 1997). La loi autorisant cette ratification avait été votée dès 1983 (loi n°83-347 du 23 avril 1983 autorisant la ratification de la convention de l'Unesco).

Pour conclure sur ce point on dira que les Etats membres ont perdu à la suite de l'entrée en vigueur de la directive, la compétence pour contracter des obligations internationales intra européennes en matière de restitution de biens culturels illicitement exportés et pour se voir appliquer les effets de conventions antérieures dans ce domaine.

### 3) La création d'une compétence communautaire externe exclusive par la directive

L'adoption de la directive a incontestablement modifié la répartition des compétences interne entre la Communauté et les Etats au bénéfice de la première. Elle pourrait également avoir des conséquences sur la répartition des compétences externes, c'est-à-dire sur la capacité des Etats membres et de la Communauté à contracter un engagement international en matière de restitution extra européenne des biens culturels illicitement exportés. La jurisprudence communautaire a en effet affirmé que la Communauté ne disposait pas seulement des compétences externes qui lui avaient été explicitement attribuées par les traités mais également des compétences découlant implicitement du « *système des traités* ». J. Rideau parle à cet égard de « *l'interprétation largement constructive des traités* »<sup>109</sup>. Selon cette jurisprudence, l'exercice de compétences internes par la Communauté implique l'exercice des compétences symétriquement externes, par la même Communauté, selon un principe de parallélisme. L'arrêt AETR de 1971 a nettement exprimé ce principe : « *une telle compétence (externe) résulte non seulement d'une attribution explicite par le traité (...) mais peut également découler d'autres dispositions du traité et d'actes pris dans le cadre de ces dispositions, par les institutions de la Communauté* »<sup>110</sup>. Cette jurisprudence a été maintenue 20 ans plus tard par plusieurs décisions dont l'avis 2/91 du 2 mars 1993, *Convention n.170 de l'OIT*. En l'absence de disposition du traité, la jurisprudence de la Cour de Justice enseigne que la Communauté dispose d'une compétence externe exclusive lorsqu'une directive d'harmonisation est intervenue et que l'harmonisation a été complète. Lorsque la Communauté dispose dans une matière d'une compétence exclusive, les Etats membres ne peuvent plus conclure d'engagements internationaux dans cette matière, seule la communauté est compétente pour le faire.

Dans l'optique de ce travail la question qui se pose est alors celle de la création d'une compétence communautaire externe exclusive dans le domaine de la restitution des biens culturels illicitement exportés en général. Deux indices permettent de supposer qu'une telle compétence n'a pas été créée. Premièrement, il n'est pas sûr que l'harmonisation soit

---

<sup>109</sup> RIDEAU (J.), *Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes*, LGDJ, 4<sup>e</sup> ed., 2002, 485.

<sup>110</sup> CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, 22-70, *Rec.*, 263.

complète à partir du moment où la directive respecte (elle ne pouvait faire autrement) la dérogation que l'article 30 TCE ouvre aux Etats en leur permettant de définir leurs trésors nationaux (version française) ou les biens qui font partie de leur patrimoine historique, artistique et archéologique national (version italienne). Deuxièmement, les spécialistes qui ont participé à l'élaboration de la convention de l'Unidroit ne considèrent pas que la compétence externe de la communauté soit devenue exclusive car cette convention n'est pas ouverte à d'autres personnes internationales que les Etats (articles 1 et 11).

## **Section 2 Les mises en cause provenant de création en dehors de l'Etat de compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels : la convention du patrimoine mondial de l'Unesco et la compétence patrimoniale communautaire de l'article 151 TCE**

On étudie dans cette section des compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels non concurrentes de celles de l'Etat, c'est-à-dire des compétences qui ne proviennent pas des Etats, d'une manière ou d'une autre, que les Etats n'ont jamais exercées et qu'ils n'ont pas vocation à exercer. Ces compétences ont été spécialement créées pour des instances supra nationales. Il s'agit de la protection du patrimoine culturel mondial dont la convention de 1972 *concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel* a confié la mise en œuvre à l'Unesco <sup>111</sup> et de la protection du *patrimoine culturel d'importance européenne* dont le traité de Maastricht de 1992 a confié la mise en œuvre à la Communauté européenne. Ces deux systèmes de protection ont été prévus pour être indépendants et respectueux de la souveraineté patrimoniale des Etats membres (§ 1)

Les deux instances internationales chargées de mettre en œuvre ces systèmes de protection établissent des critères auxquels doivent répondre les biens qu'elles contribuent à protéger. Ce faisant, elles n'élaborent pas autre chose que des normes ou des quasi-normes. *A priori*, ces quasi-normes ne sont que des normes internes à chaque instance. Elles n'ont pas vocation à s'appliquer en dehors d'elles. Néanmoins, on tentera de démontrer qu'elles peuvent avoir une influence sur les systèmes nationaux (§ 2).

### ***§ 1 Des systèmes indépendants et respectueux de la souveraineté patrimoniale des Etats***

Les deux systèmes sont indépendants des systèmes nationaux car ils portent sur des objets différents de ceux des systèmes nationaux (A.). Ils contiennent en outre des mécanismes qui assurent le respect des compétences patrimoniales des Etats (B.).

---

<sup>111</sup> La France a adhéré à cette convention le 27 juin 1975 et l'Italie le 23 juin 1978.



## A. Des systèmes indépendants par leur objet

### 1) La protection du patrimoine culturel mondial dans la convention de l'Unesco de 1972

La convention s'attache tout d'abord à définir son objet : le patrimoine culturel et le patrimoine naturel. Trois groupes de biens constituent le patrimoine culturel : les monuments, les ensembles et les sites <sup>112</sup>. On laisse de côté l'étude des définitions du patrimoine naturel.

La convention place ensuite le patrimoine culturel sous une double protection : une protection nationale et une protection internationale. La protection nationale, à savoir les obligations que la convention met à la charge des Etats parties sont premièrement de se doter des moyens juridiques, techniques, administratifs et financiers nécessaires à la protection, conservation et mise en valeur de leur patrimoine, deuxièmement « *d'adopter une politique générale visant à assigner une fonction au patrimoine culturel et naturel dans la vie collective, et à intégrer la protection de ce patrimoine dans les programmes de planification générale* » (article 5 lettre a) et troisièmement d'assurer la protection, la conservation et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel (article 4). Quant à la protection internationale, la convention indique que « *les Etats parties à la présente convention reconnaissent (que le patrimoine culturel visé à l'article 1) constitue un patrimoine universel pour la protection duquel la communauté internationale toute entière a le devoir de coopérer* » (article 6 alinéa 1). Il est précisé à l'article 7 que par *protection internationale*, la convention entend « *la mise en place d'un système de coopération et d'assistance internationales visant à seconder les Etats parties à la convention dans les efforts qu'ils déploient pour préserver et identifier ce patrimoine* » (article 7). Cette protection internationale a donné lieu à des campagnes de sauvegarde spectaculaires où, sous la houlette de l'Unesco, on vit se réaliser « *un prodigieux effort de mobilisation et de solidarité internationale* » : le sauvetage des temples de la Nubie menacés par la montée des eaux du Nil provoquée par la construction du barrage d'Assouan, la sauvegarde des sites de Carthage et de ceux Borobudur et le projet toujours en cours depuis 1991 relatif au site d'Angkor Vat <sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> L'article 1 de la convention est ainsi rédigé : « *Aux fins de la présente Convention sont considérés comme 'patrimoine culturel' :*

*Les monuments : oeuvres architecturales, de sculpture ou de peinture monumentales, éléments ou structures de caractère archéologique, inscriptions, grottes et groupes d'éléments, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire ou de la science,*

*Les ensembles : ; groupes de constructions isolées ou réunies, qui, en raison de leur architecture, de leur unité, ou de leur intégration dans le paysage, ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire ou de la science*

*Les sites : oeuvres de l'homme ou oeuvres conjuguées de l'homme et de la nature, ainsi que les zones y compris archéologiques qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologique ou anthropologique ».*

<sup>113</sup> LEVI-STRAUSS (L.), "Impact de la Convention du patrimoine mondial sur les évolution récentes de la notion de patrimoine culturel", in Unesco, *Rapport mondial sur la culture 2000. Diversité culturelle, conflit et pluralisme*, Unesco, Paris, 2001, 162-172, 163.

Parmi les biens qui composent son patrimoine culturel national, au sens de l'article 1 de la Convention, chaque Etat partie peut soumettre à un *Comité intergouvernemental de la protection du patrimoine culturel et naturel mondial* (par la suite *Comité du patrimoine mondial*) ceux « *susceptibles d'être inscrits sur la liste (du patrimoine mondial)* » (article 11 alinéa 1).

Le Comité du patrimoine mondial est composé des représentants de 21 Etats parties élus par l'ensemble des Etats ayant ratifié la convention (il y en avait 144 en 1995), ainsi que des représentants d'organisations non gouvernementales qui disposent de voix consultatives (article 8). Le comité, qui peut consulter qui il estime nécessaire et même créer ses propres organes consultatifs si besoin est, « *adopte son règlement intérieur* » (article 8). Il se réunit une fois par an. Les sessions sont préparées par un bureau de six membres.

Le Comité procède à une double vérification. Premièrement, il s'assure que les biens proposés par les Etats correspondent bien aux définitions de l'article 1 de la Convention. Deuxièmement, si la condition précédente est remplie, le comité apprécie si ces biens présentent une « *valeur universelle exceptionnelle* » (article 11 alinéa 2). Si cette appréciation est positive, le bien est inscrit sur la *Liste du patrimoine mondial*. En parallèle à la *Liste du patrimoine mondial* il existe une *Liste du patrimoine mondial en péril* sur laquelle sont inscrits les biens déjà inscrits sur la liste générale mais « *menacés de dangers graves et précis* » (article 11 alinéa 4). Dans la pratique tous les financements et toute l'assistance technique que l'Unesco peut mettre en œuvre sont consacrés aux biens figurant sur cette seconde liste. Les financements dont disposent l'Unesco proviennent d'un *Fonds pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel* qui est géré par le Comité du patrimoine mondial.

## 2) La conservation et la sauvegarde du patrimoine culturel d'importance européenne (article 151 TCE) confiées au Conseil et à la Commission

Aucune disposition relative à la culture ne figurait dans le Traité de Rome. Cette absence s'expliquait pour deux raisons. Premièrement, le traité avait avant tout un objectif économique. Deuxièmement, la matière « culture » était considérée comme liée, par essence, à la compétence nationale et encore aujourd'hui les Etats membres manifestent une très grande résistance à transférer des compétences à la Communauté dans ce secteur.

La situation change en 1992. Au sein de l'article 3 (dont la numérotation n'a pas été modifiée) qui énumère les « *actions de la Communauté* » est inséré un alinéa relatif à la « *contribution (de la Communauté) à l'épanouissement des cultures des Etats* ». Mais c'est

l'article 128 du Traité de Maastricht, (futur article 151 TCE), qui attribue à la Communauté un ensemble de compétences culturelles dont une compétence en matière de patrimoine culturel. Le Conseil européen de Rome de 1990 avait beaucoup insisté sur la notion d'héritage culturel commun. L'objectif était d'en tirer parti, de l'enrichir et de le développer. L'insertion de l'article 128 a cependant donné lieu à des difficultés diverses. La réticence des Länder allemands qui jouissent d'une compétence quasi exclusive en matière culturelle a été forte. Il y a eu également de vives craintes de voir apparaître une sorte d'euro-culture incolore et inodore, débouchant sur un conformisme européen, pendant de la "culture" américaine. En retraçant la genèse de l'article 151 TCE, B. de Witte rappelle que la nouvelle compétence patrimoniale trouvait son origine dans une double exigence : premièrement, donner un fondement juridique certain aux actions entreprises jusqu'à présent par la Communauté (et aux financements corrélatifs) dans le domaine de la culture et du patrimoine culturel (projets pilotes et actions ponctuelles), deuxièmement, éviter que cette nouvelle compétence remette en question les compétences des Etats ou des entités infra-étatiques dans ces domaines <sup>114</sup>.

La formulation de la nouvelle compétence communautaire tint le plus grand compte des craintes exprimées. L'article 151 s'ouvre par un premier paragraphe "apaisant" : *«la Communauté contribue à l'épanouissement des cultures des Etats membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence, l'héritage culturel commun»*. Ce paragraphe appelle deux remarques. Premièrement, on notera l'utilisation du pluriel *des cultures* et l'expression *dans le respect de leur diversité nationale et régionale* qui font bien ressortir que la Communauté n'entend pas substituer une culture communautaire aux cultures européennes. Deuxièmement, on soulignera qu'on applique à cette compétence communautaire une version radicale du principe de subsidiarité sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir.

Selon le deuxième paragraphe de l'article 151 *«(L)'action de la Communauté vise à encourager la coopération entre Etats membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leur action dans les domaines suivants»*. Cela signifie que les compétences attribuées à la

---

<sup>114</sup> DE WITTE (B.), "The Cultural Dimension of Community Law", *op.cit.*, 291. Des actions en faveur du patrimoine culturel européen avaient existé avant le traité de Maastricht mais en dehors d'un fondement juridique clair. Le Parlement avait attiré l'attention du Conseil qui avait adopté une résolution le 13 décembre 1986 en faveur d'actions communautaires dans ce domaine. La première action communautaire est celle des projets pilotes de conservation du patrimoine architectural européen. Au début des années 1990 cette action est rationalisée et organisée en fonction de thèmes annuels (par exemple en 1991 la commission retient le thème suivant "Témoignage d'activité de production agricole, artisanale, industrielle" qui eut un grand succès : 433 dossiers furent présentés et 37 sélectionnés pour un total de 2 600 000 écus en tout). Les principales conditions de sélection étaient l'intérêt européen ou le mode de faire européen du projet, l'ouverture au public, l'avis préalable de l'autorité nationale compétente. La commission se prononçait après avoir entendu l'avis d'un jury indépendant. Voir la décision de la Commission n°91/C284/07, JOCE 31 octobre 1991, intitulée "Soutien à des projets pilotes de conservation du patrimoine architectural européen", qui insiste sur les conséquences de ces projets en matière de développement économique et social. Une seconde action communautaire prenait la forme de mesures exceptionnelles de financement de travaux sur des monuments et des sites européens d'intérêt artistique exceptionnel : le Parthénon, le Mont Athos, l'université de Coimbra.

Communauté le sont sur la base de listes fermées (*dans les domaines suivants*). Mais l'attribution claire de « *domaines* » constitue une base juridique qui permet à l'Union d'intervenir "officiellement", et non plus par des moyens sans véritable fondement juridique comme les projets pilotes et les actions ponctuelles.

La réalité protégée est le « *patrimoine culturel d'importance européenne* » (article 151 paragraphe 2). Les finalités de l'intervention communautaire sont « *la conservation et la protection* » de ce patrimoine. Il s'agit bien d'un objet propre, différend et indépendant de l'objet auquel s'appliquent les compétences patrimoniales nationales en ce domaine. Les Etats membres ne peuvent intervenir que vis-à-vis de ce qu'ils considèrent comme leur patrimoine national, ils n'ont pas de titre vis-à-vis du patrimoine d'importance européenne. C'est la raison pour laquelle on ne partage pas l'opinion de L. Bekemans et A. Balodinos qui estiment que le critère de l'*importance européenne* « *relève d'une appréciation qui pourrait donner lieu à des interprétations divergentes, lorsqu'on dépasse le cadre de grands monuments classiques et indiscutables* » <sup>115</sup>. Les divergences ne sont pas possibles puisque aucune autre instance n'est chargée de déterminer l'importance européenne du patrimoine des Etats.

### 3) La question de la pertinence des notions de patrimoine culturel mondial et de patrimoine culturel d'importance européenne

Ce qu'on veut brièvement évoquer ici est la conscience qui peut exister relativement à ces deux patrimoines. La conscience relative au patrimoine mondial se dégage à notre avis assez facilement. En dernière analyse, le critère discriminant de ce patrimoine, fondé sur la valeur universelle exceptionnelle, est le critère de ce qui est unique à l'échelle du monde. En théorie c'est simple.

Il n'existe pas de conscience aussi "claire" du patrimoine culturel d'importance européenne. Historiquement, les mécanismes de protection juridique du patrimoine sont apparus après la prise de conscience, opérée par des collectivités données (Etat en France, ville ou région en Italie), des liens qui les unissaient à un patrimoine donné, de l'importance particulière que pouvait revêtir pour elles certains monuments, biens, sites, souvent en situation de péril. Ces mécanismes ont également pu apparaître en même temps que l'identification avec le patrimoine (comme en Catalogne), mais ils n'étaient jamais apparus auparavant. L'article 151 TCE réalise cet étrange renversement de perspective. En permettant à la Commission de sélectionner et de financer des projets relatifs à des biens culturels

---

<sup>115</sup> BEKEMANS (L.), BALODINOS (A.), "Le traité de Maastricht et l'éducation, la formation professionnelle et la culture", *Revue du marché unique européen*, 1993, 2, 99-142, 121.

présentant une importance européenne, ils créent une fonction, une compétence, qui n'a pas encore d'objet ou un objet peu et mal identifié. Il semble en effet difficile de constater, aujourd'hui, une conscience européenne autour de l'existence d'un patrimoine européen comme il existait, par exemple, une conscience française et une conscience italienne autour du patrimoine français et autour du patrimoine italien à l'époque des premières normes de protection. En d'autres termes il n'apparaît pas que le processus de prise de conscience, par l'Europe en tant que collectivité, des liens qui l'unissent à un patrimoine qui lui soit propre, soit en cours ou même entamé. Cela ne veut pas dire que les dispositions communautaires soient condamnables ou même critiquables. Peut-être est-ce trop demander à un mécanisme juridique de remplir une fonction et de déterminer en même temps l'objet auquel cette fonction doit s'appliquer ? Un des commentateurs italiens du traité de Maastricht a pu justement demander quels pourraient être les paramètres scientifiquement justifiables qui distinguent les biens revêtant une importance européenne des biens qui n'en revêtent pas <sup>116</sup>. Certes, depuis déjà une cinquantaine d'années, une autre organisation européenne, le Conseil de l'Europe, multiplie les références à un patrimoine européen commun. L'article 1 de la Convention culturelle européenne, adoptée sous les auspices du Conseil de l'Europe en 1954, dispose ainsi que *«chaque Partie contractante prendra les mesures propres à sauvegarder son apport au patrimoine culturel commun de l'Europe et à en encourager le développement»*. Le troisième considérant de la Charte européenne du patrimoine architectural, adoptée en 1975 sur l'initiative du Conseil de l'Europe, indique que *«(...) le patrimoine architectural, expression irremplaçable de la richesse et de la diversité des cultures européennes, constitue un héritage commun à tous les peuples et que sa conservation engage la solidarité effective des Etats européens»* <sup>117</sup>. De son côté, depuis le début des années 1990, la Communauté multiplie les occasions de rencontre et de réflexion sur le thème du patrimoine culturel d'importance européenne (comme par exemple les Forum culturels européens) et montre aux habitants de la zone euro la demi-douzaine de monuments qu'elle considère comme faisant indiscutablement partie du patrimoine européen en les faisant figurer sur les billets de banque. Quoi qu'il en soit, la notion de patrimoine européen commun ou de

---

<sup>116</sup> GIALDINO (C.C.), *Il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea. Genesi-Struttura-Contenuto-Processo di ratifica*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1993.

<sup>117</sup> D'autres exemples pourraient être cités : le 2<sup>e</sup> considérant de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe 1985 : *«Reconnaissant que le patrimoine architectural constitue une expression irremplaçable de la richesse et de la diversité du patrimoine culturel de l'Europe, un témoin inestimable de notre passé et un bien commun à tous les Européens»*, le 4<sup>e</sup> considérant de la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique, 1992 : *«(...) la responsabilité de la protection du patrimoine archéologique incombe non seulement à l'Etat directement concerné mais aussi à l'ensemble des pays européens (...)»*. Voir GROSJEAN (E.), *Forty years of cultural co-operation at the Council of Europe 1954-94*, Council for Cultural Co-operation, Council of Europe Publishing, 1997, 113-123 et 238-259.

patrimoine culturel d'importance européenne résiste mal à la critique nominaliste. Il est en effet bien difficile de dire quelle réalité se cache derrière ces expressions. Finalement, il faut peut-être voir dans tous ces efforts européens encore une fois à l'œuvre le mécanisme de la construction identitaire, qu'on a déjà rencontré. Dans cette optique, la Communauté nouvellement créée construirait plutôt qu'elle ne chercherait son patrimoine culturel d'importance européenne. Ce dernier lui donnerait enfin des points d'encrage différents de ceux que lui donnent les traités, les institutions et les réglementations. Il faut alors se résoudre à dire qu'est patrimoine culturel d'importance européenne ce qui est désigné comme tel par les organes communautaires. De ce point de vue, l'étude engagée par M. Jewaschin à l'Institut universitaire européen sur les projets relatifs au patrimoine culturel financés par la Communauté, devrait donner des informations fructueuses sur ce que la Communauté considère comme d'importance européenne.

## **B L'absence de mise en cause des compétences patrimoniales des Etats**

### **1) L'absence de mise en cause des compétences patrimoniales des Etats parties par la convention de l'Unesco de 1972**

La convention ne permet aucune intervention qui ne soit pas respectueuse de la souveraineté patrimoniale des Etats parties. En particulier, l'article 6 alinéa 1 réserve expressément « *la souveraineté des Etats sur le territoire desquels est situé le patrimoine culturel et naturel (...)* » ainsi que « *les droits réels prévus par la législation nationale sur ledit patrimoine* ». Par ailleurs l'article 7, déjà cité, dessine une certaine subsidiarité qui place les interventions internationales et conventionnelles en seconde place par rapport au rôle que les Etats peuvent jouer, puisqu'il indique que les mécanismes conventionnels visent « *à seconder les Etats parties à la convention dans les efforts qu'ils déploient pour préserver et identifier ce patrimoine* ».

Les interventions prévues ne peuvent, à chaque étape de leur mise en œuvre, se dispenser de l'accord de l'Etat. Tout d'abord l'inscription d'un bien sur la *Liste du patrimoine mondial* ne peut se faire qu'avec le consentement de l'Etat intéressé. Seuls les Etats peuvent prendre l'initiative de demander l'inscription (article 11 alinéa 2) et aucune inscription ne peut se faire sans leur consentement (article 11 alinéa 3). L'assistance technique que peut fournir le Comité du patrimoine mondial n'intervient qu'à la demande de l'Etat (article 19) et selon des modalités pratiques qui doivent faire l'objet d'un accord entre le Comité et l'Etat considéré (article 26). La convention n'entraîne aucun sacrifice ni même aucun contournement des

pouvoirs de police patrimoniale dont disposent les Etats sur le territoire desquels sont situés les biens inscrits.

2) L'absence de mise en cause des compétences patrimoniales des Etats membres par la compétence patrimoniale communautaire

Le droit communautaire manifeste une réserve toute aussi grande qui se reflète dans les conditions de la mise en œuvre de la compétence communautaire de l'article 151 (a) dans les moyens utilisables (b) et par le respect des compétences patrimoniales des Etats membres par d'autres dispositions communautaires que l'article 151 (c).

a) Conditions de mise en œuvre de l'article 151 TCE

La compétence communautaire ne peut être mise en œuvre que si deux conditions sont réunies. Premièrement, l'intervention de l'autorité nationale compétente doit être insuffisante. Deuxièmement, l'intervention communautaire doit être utile.

Ces deux conditions mettent en place une subsidiarité restrictive, plus restrictive encore que celle prévue à l'article 5 TCE. Selon l'article 5 TCE (ex article 3B), également introduit par le Traité de Maastricht: « (...) *Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité* ». Pour L. Bekemans et A. Balodinos, l'insertion d'une spécificité particulière du principe de subsidiarité dans cet article, en plus de l'énoncé général de l'article 5 TCE, crée une sorte de *subsidiarité specialis* qui déroge à la *subsidiarité generalis* de l'article 5 TCE <sup>118</sup>. Selon l'interprétation donnée par les ministres présidents des Länder: « *dans ces domaines, l'intervention communautaire n'est justifiée, que si elle est absolument nécessaire pour l'intérêt des citoyens et que si son effet ne peut être uniquement atteint qu'au niveau communautaire* » <sup>119</sup>. De la sorte, la Communauté n'interviendrait qu'en tant que complément là où c'est nécessaire, les Etats continuant à exercer une compétence de principe.

Néanmoins, on peut aussi penser, avec d'autres commentateurs, que l'appréciation de la réalisation des deux conditions nécessaires à l'intervention communautaire, présentées

---

<sup>118</sup> BEKEMANS (L.), BALODINOS (A.), "Le traité de Maastricht et l'éducation, ...", *art. cit.*, 108.

<sup>119</sup> *Id.*

comme une garantie pour les Etats membres, n'appartient qu'aux organes communautaires et pourrait permettre à ces derniers d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire en face duquel les Etats seraient démunis <sup>120</sup>.

#### b) Moyens utilisables

L'article 151 ne confère à la Communauté que deux moyens d'action : des actions d'encouragements qui prendront la forme juridique de décisions et des recommandations. Il s'agit des deux actes les moins contraignants sur l'échelle des actes juridiques communautaires.

Les décisions relatives à des actions d'encouragement sont adoptées selon une procédure très particulière. Elles sont prises par le Conseil conformément à la procédure de codécision de l'article 251 TCE (ex article 189 B) qui, en général s'applique dans les domaines où la communauté ne dispose que d'assez faibles compétences partagées (comme l'éducation). Dans le domaine culturel, la procédure de l'article 251 a été renforcée afin de protéger les pouvoirs des instances compétentes des Etats membres. Le Conseil a en effet l'obligation de statuer à l'unanimité tout au long de la procédure. Il doit, en outre, consulter le Comité des régions. Le processus est donc de nature beaucoup plus intergouvernementale que communautaire. A la *subsidiarité specialis* fait donc écho une *procédure specialis* qui déroge à la *procédure generalis* de l'article 251. Cela constitue indubitablement une garantie supplémentaire pour les Etats membres.

Les décisions par lesquelles sont adoptées des mesures d'encouragement doivent respecter une limite : les mesures d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres sont absolument exclues.

Les recommandations sont prises par le Conseil, statuant à l'unanimité, sur proposition de la Commission. Le Parlement n'intervient pas, ce qui est étrange. Quant à leurs effets juridiques, on sait que la dernière phrase de l'article 249 TCE (ex article 189) est claire : « (L)es recommandations et les avis ne lient pas ». Mais les recommandations ne sont toutefois pas dénuées de toute force juridique depuis que la Cour de Justice a admis dans l'affaire *Grimaldi* de 1989 que les juges nationaux sont tenus de les prendre en considération lorsqu'elles éclairent l'interprétation des dispositions nationales <sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> BARRERO RODRIGUEZ (M.C.), "El nuevo precepto europeo en defensa del patrimonio cultural. El artículo 128 del Tratado de la Comunidad Europea", in M. P. CHITI (A cura di), "Beni culturali e comunità europea", Quaderni della *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Giuffrè, 1994, 221-242, 240.

<sup>121</sup> CJCE, 13 décembre 1989, *Grimaldi*, n°322/88.



c) Etendue du respect des compétences patrimoniales des Etats membres par d'autres dispositions que l'article 151

Cette très grande réserve du droit communautaire vis-à-vis des compétences culturelles nationales se fonde sur l'idée que la culture, et plus précisément le patrimoine culturel est un domaine qui relèverait en quelque sorte naturellement de la compétence des Etats membres. Elle s'observe également lorsque d'autres dispositions de droit communautaire que l'article 151 font face, à des titres divers, aux compétences patrimoniales des Etats membres. On évoquera les deux principaux cas de ce face-à-face.

Le premier exemple est relatif aux aides d'Etat. On sait que le droit communautaire prohibe les aides d'Etat, c'est-à-dire les aides que les Etats peuvent fournir à des entreprises nationales au motif que de telles aides troubleraient la libre concurrence (article 87§1 TCE, ex article 92§1). Néanmoins, le droit communautaire reconnaît que les aides d'Etat destinées à des secteurs particuliers peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun (article 87§3 TCE). Le traité de Maastricht introduisit une nouvelle dérogation facultative au principe de l'incompatibilité des aides étatiques avec le marché commun, en complétant la rédaction du paragraphe 3 de l'article 87 d'un alinéa ainsi rédigé « *(P)euvent être considérées comme compatibles avec le marché commun (...) d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun* ». Il en résulte que la concurrence n'est pas un objectif automatiquement supérieur à la culture et à la protection du patrimoine. Mais une fois encore on constate qu'au sein d'un mécanisme *a priori* favorable à la politique culturelle ou patrimoniale des Etats membres, la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire : celui de décider si, le cas échéant, une aide destinée à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine est compatible avec le marché commun. En cas de conflit entre la Commission et un Etat membre, J. Gerkrath a averti que, appelée pour trancher, la Cour de Justice risque d'appliquer sa jurisprudence sur les aides d'Etat qui est plutôt restrictive et donc assez peu favorable aux Etats membres <sup>122</sup>.

Le second exemple concerne la libre prestation de services. L'article 49 TCE (ex article 59) ne prévoit pas, à la différence des aides d'Etat, de dérogation fondée sur des raisons « culturelles » au principe de la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté : « *(..) les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la*

---

<sup>122</sup> GERKRATH (J.), "Article 92. Commentaire", in CONSTANTINESCO (V.), KOVAR (R.), SIMON (D.), *Traité sur l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article*, 1995, 214-215. Dans le même sens LOMAN (A.), MORTELMANS (K.), POST (H.), WATSON (S.), *Culture and Community Law. Before and after Maastricht*, Kluwer, 1992, 123-139 (Chapter 4 State Aids and National Cultural Policy).

*Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté, autre que celui du destinataire de la prestation* ». Toutefois, dans une décision de 1991 rendue à propos de l'affaire dite des *Guides touristiques*, la Cour de Justice a créé de toutes pièces une telle dérogation en estimant que *« l'intérêt général lié à la valorisation des richesses historiques et la meilleure diffusion possible des connaissances relatives au patrimoine artistique et culturel d'un pays peuvent constituer une raison impérative justifiant une restriction à la libre prestation de services »* de l'article 49 TCE <sup>123</sup>. Plus précisément la Cour a estimé que la visite des seuls musées ou monuments nationaux était de nature à exiger la présence d'un guide touristique justifiant une qualification professionnelle nationale *ad hoc*. Avec cette décision, la Cour transposa la dérogation à la libre circulation de marchandises de la l'article 30 TCE pour raisons culturelles au domaine de la libre circulation des services en forçant les règles du traité mais aussi en les rendant plus homogènes. C'était reconnaître, ou plutôt confirmer, aux Etats une large compétence dans la gestion de leur propre patrimoine culturel.

Néanmoins, en répondant à une question préjudicielle récente relative à l'interprétation du principe de libre circulation des travailleurs posé par l'article 39 TCE (ex article 48), la CJCE a peut-être entamé un revirement de jurisprudence. Elle a en effet estimé que lorsqu'un organisme public d'un Etat membre, en l'occurrence le Musée national du Prado, réserve le droit d'exercer une profession déterminée, en l'occurrence celle de restaurateur, aux seules personnes en possession d'un titre délivré par un établissement d'enseignement de cet Etat membre, en l'occurrence l'Espagne, cet organisme était tenu, s'agissant d'un diplôme délivré dans un autre Etat membre *« d'examiner dans quelle mesure les connaissances et qualifications attestées par le diplôme requis par l'intéressé correspondent à celles exigées par la réglementation de l'Etat membre d'accueil. Lorsque la correspondance n'est que partielle, il incombe aux autorités nationales compétentes ou, le cas échéant, à l'organisme public lui-même d'apprécier si les connaissances acquises par l'intéressé dans le cadre d'un cycle d'études ou d'une expérience pratique peuvent valoir aux fins d'établir la possession des connaissances non attestées par le diplôme étranger »*. Le traité prévoit une dérogation (article 30 TCE) au principe de la libre circulation de marchandises fondée sur la protection, par les Etats membres de leurs trésors nationaux (ou des éléments de leur patrimoine national). Il prévoit également une dérogation à l'interdiction des aides d'Etat lorsqu'il s'agit d'aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du

---

<sup>123</sup> CJCE, 26 février 1991, *Commission c. République française*, point 17, Dalloz, Jurisprudence, 1991, pp. 465-469 avec note J.F. COUZINET.

patrimoine (article 87§1). Le traité ne prévoit pas de dérogation au principe de libre circulation des services, mais la Cour de justice en a créé une en faveur de la souveraineté patrimoniale dans la décision de 1991 relative aux guides touristiques. Le traité prévoit une dérogation au principe de libre circulation des travailleurs (entre autres pour des motifs d'ordre public) mais la Cour de justice ne l'utilise pas pour laisser les Etats membres maîtres d'écarter *a priori* les diplômes acquis à l'étranger pour exercer une profession patrimoniale (celle de restaurateur) au sein d'un organisme public.

## **§ 2 Les voies de l'influence**

Les deux systèmes, le système conventionnel et international de protection du patrimoine mondial et le système communautaire de protection du patrimoine d'importance européenne n'ont vocation qu'à s'appliquer à des objets propres, différents de ceux auxquels les systèmes nationaux s'appliquent. Toutefois ils peuvent influencer les systèmes nationaux<sup>124</sup>. Cette influence naît de l'élaboration par le Comité du patrimoine mondial et par la Commission et le Conseil de critères qui ne sont pas dénués de portée normative (A.) et qui, dans une certaine mesure, peuvent avoir des effets sur les systèmes nationaux (B.).

### **A. La création de quasi-normes internationales et communautaires d'identification abstraite du patrimoine mondial et du patrimoine culturel d'importance européenne**

#### **1) La création de quasi-normes internationales d'identification abstraite du patrimoine mondial**

On a vu que la convention de l'Unesco pour la protection du patrimoine mondial de 1972 posait deux conditions à l'inscription d'un bien (monument, ensemble ou site) sur la *Liste du patrimoine mondial*. Premièrement, le bien proposé devait correspondre aux définitions du patrimoine culturel ou du patrimoine naturel. Deuxièmement, il devait présenter une *valeur universelle exceptionnelle* (article 1 alinéa 1). Le *Comité du patrimoine mondial* (article 11, alinéas 2 et 4) est chargé de mettre en œuvre ces conditions. Si la première condition ne pose pas de véritables difficultés, la seconde est beaucoup plus complexe. Le critère prévu par la convention, celui de *la valeur universelle exceptionnelle*, est extrêmement vaste, trop vaste pour être utilisé tel quel. C'est la raison pour laquelle le texte de la

---

<sup>124</sup> Pour la reconnaissance d'une influence mais par raisonnement différent de celui proposé ici FRANCIONI (F.), "Patrimonio culturale, sovranità degli Stati e conflitti armati", in Feliciani (G.) a cura di, *Beni culturali di interesse religioso*, il Mulino, 1995, 149-162.

convention poursuit immédiatement en disant que le Comité se prononce « *en application des critères qu'il aura établis* » (article 11 alinéa 2). Cette obligation pour le Comité d'élaborer des critères d'action a été reprise à l'alinéa 5 de l'article 11 : le Comité « *définit les critères sur la base desquels un bien du patrimoine culturel et naturel peut être inscrit dans l'une ou l'autre des listes (...)* », la *Liste du patrimoine mondial* et la *Liste du patrimoine mondial en péril*. Ces deux dispositions conventionnelles confèrent au Comité un véritable pouvoir normatif : celui d'identifier abstraitement l'intérêt mondial en matière de patrimoine culturel. Ainsi, en 1972, pour la première fois un organe international se voyait-il confier une compétence de « *patrimonialisation seconde (qui se superpose à des classements patrimoniaux nationaux)* » <sup>125</sup>.

Le Comité a rempli les obligations conventionnelles des alinéas 2 et 5 de l'article 11 en élaborant ses critères de sélection et en les rendants publics dans un document intitulé *Orientations devant guider la mise en œuvre de la convention du patrimoine mondial* qui a pour but « *de porter à la connaissance des Etats parties à la Convention les principes guidant l'action du Comité lors de l'établissement de la liste du patrimoine mondial et de la liste du patrimoine mondial en péril* » <sup>126</sup>. Ce qui, dans tout cela, compte pour la démonstration que nous menons est que ces orientations évoluent avec le temps. Les premières ont été élaborées en 1976. Les dernières datent de 1994. Le Comité utilise pleinement le pouvoir normatif discrétionnaire mis à sa disposition par la convention, modifie ses critères d'action, modifie les normes internationales d'identification abstraite du patrimoine mondial. Malgré son caractère intergouvernemental on avancera l'hypothèse qu'il exerce un pouvoir normatif autonome qui trouve son fondement juridique dans la convention et sa légitimité dans sa compétence technique.

Jusqu'en 1994 les critères élaborés par le Comité depuis 1976 avaient fait l'objet de retouches mais sans avoir pour autant été profondément modifiés. En 1994, lors de sa 18<sup>e</sup> session, le Comité du patrimoine mondial de l'Unesco réforme en profondeur les critères commandant l'inscription de biens sur la *Liste du patrimoine mondial*. Le changement le plus spectaculaire concerne le sort du critère du *chef d'œuvre artistique*. Avant la réforme il disposait d'une place fondamentale (le point i, lettre a) du paragraphe 24 des *Orientations*. Avec la réforme il disparaît. Il est remplacé par le critère du *chef d'œuvre créateur du génie*

---

<sup>125</sup> FALGUIERES (P.), "Casuistique et encyclopédie : la Convention du patrimoine mondial et son évolution", in NORA (P) sous la direction de, *Science et conscience du patrimoine*, op. cit., 297-304, 297.

<sup>126</sup> COMITE INTERGOUVERNEMENTAL DE LA PROTECTION DU PATRIMOINE MONDIAL CULTUREL ET NATUREL, "Orientations, devant guider la mise en œuvre de la convention du patrimoine mondial", point 4, Unesco, édition de 1996.

humain <sup>127</sup>. Autre changement, le concept de culture sur lequel reposait, directement ou indirectement de nombreux autres critères est profondément infléchi vers la définition très large qu'en donne l'anthropologie. Cela est par exemple illustré par la révision du critère iii lettre a) du paragraphe 24 des *Orientations* qui permettait l'inscription de « *témoignages uniques ou du moins exceptionnels sur une tradition culturelle ou une civilisation vivante ou disparue* » et par les amendements apportés au critère iv qui inclut désormais le patrimoine technique et les paysages <sup>128</sup>. Cette dernière modification pose d'ailleurs une question d'excès de pouvoir du Comité du patrimoine mondial par rapport à l'Assemblée générale de l'Unesco, auteur du texte conventionnel. En effet, les définitions de l'article 1 de la convention (patrimoine culturel), et même celles de l'article 2 (patrimoine naturel) ne font référence ni au patrimoine technique ni au paysage. Mais l'hypothèse même d'un tel excès de pouvoir montre toute l'autonomie normative dont le comité fait usage et corrélativement tout son détachement par rapport à ses "mandataires", à savoir les Etats parties à la convention.

2) La création de quasi-normes communautaires d'identification abstraite du patrimoine culturel d'importance européenne

Dans un premier temps l'article 151 reçut une application par l'adoption de plusieurs décisions du Parlement et du Conseil créant et finançant des programmes sectoriels spécialisés : le programme Kaléidoscope pour la création artistique, le programme Ariane pour la création littéraire et la traduction et le programme Raphaël pour le patrimoine. Le programme Raphaël "Programme d'action communautaire dans le domaine du patrimoine culturel" a été adopté en 1994 et reconduit en 1997 en commun par le Parlement et le Conseil conformément à la procédure particulière de l'article 151 alinéa 5 <sup>129</sup>. Selon l'article 1 de la décision, ce programme avait pour but de « *soutenir et de compléter, par la voie de la coopération, l'action entreprise par les Etats membres dans le domaine du patrimoine culturel d'importance européenne* ». Le principe était simple, la Commission sélectionnait, sur la base de critères sommairement indiqués dans la décision, un certain nombre de projets relatifs au patrimoine culturel des Etats membres qu'elle jugeait revêtir une importance européenne. Elle les finançait ensuite selon des montants divers. Les critères mentionnés dans la décision se répartissaient, sans surprise, en critères de forme, le projet devait être pluri européen, et en critères de fond, le projet devait présenter un intérêt au niveau

---

<sup>127</sup> LEVI-STRAUSS (L.), "Impact de la Convention du patrimoine mondial ...", *art. cit.*, 165..

<sup>128</sup> Le nouveau critère iv évoque les biens pouvant être inscrits au titre du patrimoine technique et des paysages comme « *exemples éminents d'un type de construction ou d'ensemble architectural ou technique ou de paysage illustrant une ou des périodes significatives de l'histoire humaine* ».

<sup>129</sup> Décision n°2228/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997, *JOCE*, 8 novembre 1997, L 305/31.

communautaire, concerner un problème particulier dans le domaine de la préservation et de la restauration, avoir des retombées en termes culturels, sociaux, économiques.

Dans une seconde phase d'application, les différents programmes sectoriels ont été regroupés dans un seul programme adopté en 2000 dénommé "Culture 2000" doté d'un budget de 167 millions d'euros soit 0,04% du budget communautaire <sup>130</sup>. Ce regroupement permet de réduire les coûts de gestion et de masquer la baisse globale des financements communautaires de la culture <sup>131</sup>.

La nouvelle décision fixe comme objectif général au programme "Culture 2000" de « *contribuer à la mise en valeur d'un espace culturel commun aux peuples de l'Europe* ». Dans le domaine du patrimoine culturel elle lui assigne l'objectif spécifique « *de partager et de mettre en valeur, au niveau européen, l'héritage culturel commun d'importance européenne ; de diffuser le savoir-faire et de promouvoir des bonnes pratiques en ce qui concerne la conservation et la sauvegarde de cet héritage culturel* » (article 1, lettre d).

Elle prévoit également les modalités d'application de ce programme de la part de la Commission <sup>132</sup>. Ce qui importe pour la démonstration c'est que le Conseil confie à la Commission le soin d'élaborer les mesures nécessaires à la mise en œuvre de la décision. Ces mesures sont, selon le Conseil : « *a) les priorités et les orientations générales (...); b) l'équilibre général entre toutes les actions ; c) les modalités et critères de sélection pour les différents types de projets (...); d) le soutien financier qui sera fourni par la Communauté (...); e) les modalités de contrôle et d'évaluation du programme 'Culture 2000' (...)* ». En somme le Conseil enjoint la Commission de déterminer elle-même les règles selon lesquelles elle compte encadrer son pouvoir de décision, son pouvoir de sélection et de financement des projets présentés. Le Conseil estime que, pour établir ces critères, la Commission pourra s'appuyer sur « *l'expérience considérable (...) acquise, notamment grâce à l'évaluation des*

---

<sup>130</sup> Décision n°508/2000 CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 février 2000, établissant le programme « Culture 2000 », JOCE, n°L 063 du 10 mars 2000, 1.

<sup>131</sup> En comptant l'utilisation des fonds structurels à des fins culturelles on parvient à 0,5% du budget communautaire.

<sup>132</sup> Les « *mesures nécessaires pour (sa) mise en œuvre* » doivent être adoptées selon la *procédure de gestion*, évoquée par l'article 2 lettre a) de la décision du Conseil du 28 juin 1999 *fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission*, JOCE n°L 184, 17 juillet 1999, 23. L'article 2 lettre a) de cette décision est ainsi rédigé : « *les mesures de gestion telles que celles relatives à l'application de la politique agricole commune et de la politique commune de la pêche ou celles relatives à la mise en œuvre de programmes ayant des incidences budgétaires notables devraient être arrêtées selon la procédure de gestion* ». L'article 4 de la décision du Conseil du 28 juin 1999 prévoit que la procédure de gestion s'articule autour de la consultation d'un comité de gestion composé des représentants des Etats membres et présidé par le représentant de la commission. Ce comité adopte ses avis à la majorité qualifiée simple prévue à l'article 205 paragraphe 2 TCE. Comme il s'agit d'une délibération relative à une proposition de la Commission, la condition du vote favorable d'au moins 10 Etats membres ne s'applique pas. L'avis du comité n'est pas obligatoire pour la Commission. Lorsque la Commission adopte une mesure qui diffère de l'avis rendu par le comité, elle en informe le Conseil et elle suspend l'application de la mesure en question pour un délai de deux mois pendant lequel le Conseil peut prendre une décision différente.

*premiers programmes culturels (les projets pilotes et le programme Raphaël), à la vaste consultation engagée avec toutes les parties intéressées et aux résultats du forum culturel de l'Union européenne qui s'est tenu les 29 et 30 janvier 1998 » (12° considérant de la décision de 2000).*

## **B. L'influence de ces quasi-normes sur les systèmes nationaux**

Malgré les précautions prises, les compétences *a priori* "étanches" de la Communauté et de l'Unesco dans le domaine du patrimoine culturel ne pourront pas ne pas avoir d'influence sur les compétences nationales. Comme l'avait clairement perçu S. Romano « *en général, les effets ou l'efficacité d'un ordre se manifestent dans le domaine qui lui est propre et s'arrêtent là où la domination d'un autre commence. Mais cette règle n'est pas absolue. Il se peut qu'outre l'efficacité interne, un ordre en ait une autre pour ainsi dire externe, c'est-à-dire valant pour un autre ordre* »<sup>133</sup>. L'influence peut avoir lieu de deux manières. Elle peut prendre la voie de définitions et d'interprétations par les organes communautaires et conventionnels de notions nationales indéterminées (1). Elle peut être consécutive aux aides financières des organes communautaires et internationaux (2).

### **1) Les définitions et les interprétations de notions nationales indéterminées par le Comité du patrimoine mondial et par les organes communautaires**

On retrouve dans les textes qui fondent les compétences des organes d'Etat (principalement la loi de 1913 en France et le texte unique de 1999 en Italie) et dans ceux qui fondent les compétences des organes internationaux (la convention de l'Unesco de 1972 pour le Comité du Patrimoine mondial et le Traité de Maastricht pour les organes communautaires) des notions communes. Ces notions peuvent relever de l'objet de la protection comme celui de "monument" (plusieurs articles de la loi française de 1913 dont l'article 1, alinéa 1 de la convention de l'Unesco de 1972) ou comme celui d'"ensemble" (article L. 313-1 du Code de l'urbanisme français - à propos de secteurs sauvegardés - et article 1 de la convention de l'Unesco de 1972). D'autres notions communes peuvent relever des finalités de la protection comme la "conservation" (article 4 de la convention de 1972, article 151 §2 TCE, article 1 de la loi française de 1913, article 22 alinéa 2 du texte unique italien, entre autres références), la "sauvegarde" (article 151 §2 TCE, article L. 313-1 du Code de l'urbanisme français et articles suivants). Ce ne sont là que des exemples parmi d'autres.

---

<sup>133</sup> ROMANO (S.), *L'ordre juridique, op.cit.*, 135.

Dans les systèmes nationaux, ces notions ne sont en général pas ou peu déterminées. Rares sont celles qui font l'objet d'une définition. On a vu (chapitre 1) que cette indétermination donnait un très large pouvoir d'interprétation aux autorités chargées de faire appliquer les lois nationales : l'administration puis le juge. Ce n'est que très récemment en Italie qu'une partie de ces notions a reçu une définition. Les notions de "bien culturel", de "bien d'environnement", de "*tutela*", de "gestion", de "mise en valeur", d'"activités culturelles" et de "promotion" ont été définies à l'article 148 du décret législatif du 31 mars 1998 n.112. La notion de "restauration" a été définie à l'article 34 du texte unique de 1999. On a également vu que ces définitions avaient été critiquées soit parce qu'elles étaient circulaires, soit parce que les termes utilisés étaient trop généraux <sup>134</sup>. De toute manière la présence de définitions ne supprime pas tout travail interprétatif.

Dans le système international et dans le système communautaire, les notions utilisées ne sont pas non plus forcément définies. Dans la convention de 1972 les notions de "monument", d'"ensemble" et de "site" sont définies à l'article 1. Dans le TCE, les notions de conservation et sauvegarde ne sont pas définies. Le travail d'interprétation de la part des autorités compétentes sera là aussi nécessaire, qu'une définition existe ou qu'il n'en existe pas <sup>135</sup>.

Ainsi, les autorités nationales *ad hoc* développent leurs propres interprétations de ces notions, mais les autorités *ad hoc* internationales développent également leurs propres interprétations de ces mêmes notions.

Il ne faut pas penser que les définitions et les interprétations internationales et communautaires vont être en tout point, plus modernes, plus radicales et nécessairement bouleverser les définitions et les interprétations nationales. L'influence sera réciproque. Ce qui compte c'est que les organes d'Etat ne sont désormais plus les seuls à interpréter les notions indéterminées contenues dans les lois de protection et qu'ils doivent tenir compte des interprétations internationale et communautaire, même s'ils n'ont aucune obligation de le faire, vu que chaque interprétation s'inscrit dans un ordre qui lui est propre. Le temps de l'autarcie interprétative est, semble-t-il compté.

Les différentes définitions/interprétations peuvent être convergentes. Prenons l'exemple du critère esthétique qui, dans les années 1970 et dans une moindre mesure dans les

---

<sup>134</sup> Par exemple, la définition de la gestion renvoie à celle de mise en valeur, les définitions de la gestion et de la mise en valeur renvoient à une notion qui n'est pas définie, la *fruizione*, qu'on peut traduire par usage fructueux ou jouissance.

<sup>135</sup> Les *Orientations* du Comité du patrimoine mondial contiennent un grand travail d'interprétation des notions définies à l'article 1 de la convention.



années 1980, pouvait être considéré comme une notion commune aux systèmes nationaux et aux systèmes conventionnels de l'Unesco de 1972. En modifiant comme on l'a vu ses critères d'action, le Comité du patrimoine mondial n'a fait que suivre les évolutions en cours au sein des systèmes nationaux de protection les plus développés que sont le système italien ou le système français. Dans ces systèmes, l'abandon du critère esthétique au profit d'un double critère, le critère d'histoire et le critère anthropologique (abandon décrit au chapitre 2) date de bien avant 1994, date à laquelle le Comité l'abandonne à son tour. Sur ce point, les interprétations nationales et internationales convergent, même si elles sont décalées dans le temps.

Les interprétations peuvent être divergentes. Prenons l'exemple de la notion d'*ensemble*. Selon la convention de l'Unesco de 1972, les ensembles sont des « *groupes de constructions isolées ou réunies, qui, en raison de leur architecture, de leur unité, ou de leur intégration dans le paysage (ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire ou de la science)* » (article 1, alinéa 3). En 1972, date où apparaît cette notion conventionnelle d'ensemble, les systèmes français et italiens sont encore très marqués par la notion (ponctuelle) de monument et n'évoluent que lentement vers la protection des ensembles. L'interprétation que fait le Comité du patrimoine mondial de la notion d'ensemble est audacieuse. Les rives de la Seine à Paris et la Côte amalfitaine ont été inscrites et à leur suite, entre autres exemples, les chemins de Compostelle (tracés français et tracés espagnols) et le Canal du Midi. Cette interprétation écarte de plus en plus la continuité territoriale qui est au cœur des dispositions nationales relatives à la protection des ensembles (secteurs sauvegardés et ZPPAUP français, protections indirectes italiennes). Elle écarte même le critère physique pour privilégier une idée ou un thème. Dans certaines décisions d'inscription c'est le thème qui entraîne la protection des éléments physiques dans lesquels il s'incarne : une écluse du Canal du Midi n'est sans doute pas digne de figurer sur la *Liste du patrimoine mondial*, mais l'inscription du Canal du Midi entraîne celle de toutes les écluses. D'autres notions communes peuvent faire l'objet d'interprétations différentes.

Par ailleurs, les systèmes internationaux contiennent des notions que ne contiennent pas les systèmes nationaux comme par exemple la notion d'authenticité d'une œuvre qui est très présente dans les *Orientations* du Comité du patrimoine mondial. Ces notions peuvent influencer les systèmes nationaux et même y être implicitement reprises. En étant utile pour interpréter des notions indéterminées plus larges qu'elles, elles pourront fonder des pratiques, déterminer des orientations. Mais ce n'est là qu'une hypothèse.

## 2) Les aides financières des organes communautaires et internationaux

Les aides financières attribuées par des organes communautaires ou par des organes internationaux peuvent également influencer les systèmes nationaux. Cependant, vu le montant extrêmement faible des aides financières accordées par le Comité du patrimoine mondial de l'Unesco à la France et à l'Italie, sans commune mesure avec les aides que ces deux pays reçoivent de la Communauté, on ne raisonnera qu'à partir des aides financières communautaires.

Les biens culturels sélectionnés par la Commission comme revêtant une influence européenne sont des biens qui, en général, ont déjà fait l'objet de mesures de protection de la part des Etats sur le territoire desquels ils sont situés. A ce titre ils peuvent être inclus dans les programmes étatiques de travaux (restauration, etc.) dont on a déjà parlé à la section précédente. Or, les travaux sur les biens culturels d'importance européenne sont susceptibles de recevoir des financements de la part de la Communauté. Mais pour bénéficier de ces financements, les Etats membres vont devoir proposer des actions qui remplissent les critères posés par les programmes communautaires. Ils vont devoir tenir compte de ces critères dans leurs propres programmations. La doctrine a fait remarquer ce caractère ambigu des programmes de l'article 151. Pour M. Cornu, « *l'article 151 TCE permet surtout à la Communauté d'engager des programmes de financement dans le secteur culturel, dont il ne faut pas négliger l'incidence sur les choix de politiques culturelles, forme voilée de compétence qu'ont pu redouter certains Etats (...)* »<sup>136</sup>. Pour B. de Witte, les mesures d'encouragement que l'article 151 permet aux organes communautaires d'adopter dans le domaine du patrimoine culturel d'importance européenne (programmes Raphaël et Culture 2000) n'étaient pas sans ressemblance avec les « *aides conditionnelles* » attribuées par les autorités fédérales aux instances fédérées. B. de Witte indiquait que l'expérience des Etats fédérés a montré que de telles aides « *exercent une influence substantielle sur la manière dont les Etats fédérés conduisent leurs politiques autonomes. Les mesures incitatives peuvent en fait aboutir à une harmonisation semi-volontaire de certains aspects des politiques culturelles nationales* »<sup>137</sup>. Un tel phénomène correspond, *mutatis mutandis*, au fédéralisme coopératif défini par M. Croisat comme la « *recherche et la mise en œuvre d'une coopération intégrale pour atteindre des buts communs (...) par des programmes et des financements conjoints* », le

---

<sup>136</sup> CORNU (M.), "L'Europe des biens culturels et le marché", *Journal de droit international* 3, 2002, 677-733, 682.

<sup>137</sup> DE WITTE (B.), *The Cultural Dimension of Community Law*, art. cit., 294, qui cite la doctrine allemande (note 189).

tout « *sans modifier la répartition constitutionnelle des compétences (on ajoutera sans modifier la répartition conventionnelle) et des sources de financement* » <sup>138</sup>.

## Conclusion du chapitre

Ce chapitre a permis de constater la très grande diversité de mises en cause dont l'exclusivité de l'Etat en matière d'identification de l'intérêt public relatif aux biens culturels fait l'objet, même s'il s'agit de mises en cause dont l'Etat est directement ou indirectement à l'origine et même si certaines ne sont *a priori* pas concurrentes avec les siennes (comme celles relatives au patrimoine mondial et au patrimoine européen).

En ce qui concerne les compétences des instances infra nationales, quelques atteintes pourraient être qualifiées de radicales, comme celle issue de la réforme constitutionnelle italienne de 2001 qui prévoit que l'Etat et les régions peuvent adopter des normes relatives à la protection/*tutela* en commun, mais leur mise en œuvre ne semble pas à l'ordre du jour. Aussi dira-t-on que dans l'ensemble, pour l'instant, ces atteintes sont encore marginales, dans la mesure où le cœur de la compétence normative de l'Etat n'est pas réellement touché.

En ce qui concerne les compétences des instances supra nationales, du moins lorsqu'elles sont concurrentes avec celles de l'Etat, la situation est ambiguë. Les aspects formels de la compétence de l'Etat en matière de circulation des biens culturels lui ont été retirés au profit des instances communautaires. Les aspects substantiels ne lui sont maintenus que sous forme de dérogation aux règles communautaires relatives à la circulation des biens en général. Enfin sa capacité à définir les biens culturels qu'il veut voir protégés ainsi que sa capacité à se définir comme Etat d'origine en cas de demande de restitution sont entamées par les nouvelles orientations du droit international.

---

<sup>138</sup> CROISAT (M.), *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, op.cit., 89.

Cependant, toutes ces atteintes, qu'elles soient marginales, réelles ou ambiguës, ont été les premières à introduire une rupture dans la définition étatique solitaire des critères et des règles de la matière. Le mouvement est lancé et peut s'accélérer. Face à ce mouvement, l'Etat a réagi. Mais avant d'aborder le titre consacré aux *Réactions de l'Etat*, il faut se tourner vers l'autre grand terrain d'affrontement, celui sur lequel l'exclusivité de l'Etat est peut-être remise plus profondément en question, celui des critères para-normatifs qui encadrent et guident l'action concrète en matière de biens culturels. Le conflit qui met aux prises l'Etat et d'autres instances n'aurait-il pas pour véritable enjeu, plutôt que les critères normatifs, le niveau juridique juste inférieur ?

## CHAPITRE 4 LES MISES EN CAUSE SUBIES PAR L'ETAT

Le choix de l'adjectif "subi" pour qualifier les mises en cause de l'exclusivité de l'Etat en matière d'identification abstraite de l'intérêt général relatif aux biens culturels qui prennent forme en dehors de l'Etat doit être expliqué. Etymologiquement le verbe subir provient du latin *subire* qui signifiait aller sous et les juristes l'ont utilisé dans le sens de *dépendre d'une juridiction*. C'est le sens qu'on voudrait reprendre ici mais sous une forme atténuée. L'Etat ne "dépend" certes pas d'autres instances qui disent le droit des biens culturels, mais il n'est plus la seule instance à dire ce droit. D'autres instances que lui ont commencé à le dire ou à prétendre le dire, dans des domaines où il ne l'avait pas ou peu fait. Il s'agit d'instances internationales.

Les instances internationales qui disent le droit en matière de biens culturels le disent de manière quasi spontanée. Les organisations internationales gouvernementales le disent bien entendu sur le fondement d'une compétence qui leur a été attribuée par les Etats mais cette compétence a été interprétée de manière extrêmement large, comme on le verra, alors qu'objectivement elle apparaît bien ténue. Les organisations internationales non gouvernementales interviennent elles sans aucune attribution préalable de la part des Etats. Mais leur liberté ne se traduit pas toujours par une absence d'effet.

On va tout d'abord passer en revue les instances qui ont fait des biens culturels leur champ de compétence abstrait ou un de leurs champs de compétence (section 1). Ensuite, on s'attachera à déterminer la portée des textes produits par ces instances au delà des apparences. Certes, ils ne peuvent pas être qualifiés de normes mais ils prétendent toutefois avoir des effets normatifs en intervenant dans des espaces que les Etats n'avaient pas ou peu "normativisés" jusqu'alors, c'est-à-dire dans des espaces où il n'existait pas de règles clairement posées (section 2).

### **Section 1 Les biens culturels : champ de compétence abstrait d'instances internationales**

Un mot doit être dit au préalable sur le sens de l'expression "compétence abstraite". On désigne par compétence abstraite, les compétences à prétention normative exercées par des instances internationales qui ne portent pas sur un patrimoine déterminé, comme les

compétences concrètes exercées par la France et par l'Italie portent sur leurs patrimoines nationaux, comme les compétences concrètes exercées par les organes communautaires portent sur le patrimoine d'importance européenne et comme les compétences concrètes exercées par le Comité du patrimoine mondial de l'Unesco portent sur le patrimoine mondial. Les compétences abstraites ne portent que sur des notions relatives au patrimoine et non pas sur des réalités patrimoniales.

On présentera tout d'abord le phénomène d'appropriation par les instances internationales de compétences abstraites en matière de biens culturels (§ 1) avant d'étudier les textes que ces instances produisent en matière de biens culturels (§ 2).

### ***§ 1 L'appropriation de compétences abstraites en matière de biens culturels par les instances internationales***

Trois grandes catégories d'instances internationales interviennent dans le domaine des biens culturels : les organisations internationales gouvernementales qui trouvent leur origine dans une volonté commune à plusieurs Etats (A.), les organisations internationales non gouvernementales qui naissent indépendamment de la volonté des Etats (B.) et les réseaux de recherche (C.).

#### **A. Les organisations internationales gouvernementales : l'exemple du Conseil de l'Europe**

Les organisations internationales gouvernementales sont issues d'un traité institutif, c'est-à-dire d'un accord entre plusieurs Etats qui décident de poursuivre un intérêt commun en mettant en place des organes spécifiques.

Trois organisations internationales gouvernementales interviennent dans le domaine des biens culturels : le Conseil de l'Europe, l'Unesco, l'Union européenne. Les deux dernières interviennent sur un patrimoine qui leur est propre (mondial ou d'importance européenne) en fonction de compétences conventionnelles et grâce à des organes spécialisés (Comité du patrimoine mondial de l'Unesco, Commission européenne). Le cas de la première organisation, le Conseil de l'Europe est le plus intéressant car cette organisation n'a pas reçu de compétence vis-à-vis d'un quelconque patrimoine européen. Néanmoins, il a utilisé au maximum ses compétences statutaires pour intervenir, de manière seulement abstraite, c'est-à-dire sur des notions, dans ce domaine en élaborant des textes dont certains sont devenus des

conventions, mais dont tous prétendent influencer, à un titre ou à un autre, les orientations patrimoniales des Etats membres Conseil de l'Europe. On traitera ici de son seul cas.

Passons d'abord en revue les compétences sur lesquelles le Conseil de l'Europe fonde ses interventions en matière de biens culturels (1) avant d'examiner le développement d'une administration chargée des biens culturels au sein de ce Conseil (2).

### 1) Les compétences du Conseil de l'Europe dans le domaine des biens culturels

Le Conseil de l'Europe a été créé par le traité de Londres du 5 mai 1949. Il siège à Strasbourg et comptait 43 Etats membres au début de l'année 2002.

L'organe central du Conseil de l'Europe est le Comité des ministres des affaires étrangères des pays membres. Il se réunit deux fois par an et adopte les décisions les plus importantes, en particulier les textes de convention et de résolution. Le Comité des ministres est flanqué par un comité des délégués des ministres qui se réunit au moins une fois par mois. Il arrête le programme d'activités du Conseil de l'Europe et adopte son budget. Il décide des suites à donner aux propositions de l'Assemblée parlementaire, du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux d'Europe et des conférences de ministres spécialisés. Tous ces organes sont assistés par un secrétariat permanent.

L'Assemblée parlementaire, composée de délégués des parlements des pays membres, n'agit que par voie de recommandations auprès du Comité des ministres. Ce dernier peut également la consulter lorsqu'il l'estime utile.

Les statuts de 1949 fixent un but très général à l'organisation. « *Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social* » (article 1 du statut). La méthode de travail pour l'atteindre est exclusivement la méthode intergouvernementale. Sur le fondement de cette compétence, le Conseil a adopté le 19 décembre 1954 la convention culturelle européenne, ratifiée par la plupart de ses membres, qui fixe des obligations très générales, voire assez vagues dans le domaine de la coopération en matière culturelle entre les Etats adhérents. Mais surtout cette convention crée une structure particulière, le Comité des experts culturels, dont le but est d'examiner « *les propositions relatives à l'application des dispositions de la présente Convention et les questions concernant son interprétation* ». Les conclusions du comité « *seront soumises sous forme de recommandations au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe* » (article 16). Le comité des experts culturels prit par la suite le nom de conseil de la coopération culturelle.

A partir du milieu des années 1960 il est apparu au Conseil de l'Europe que le thème de la protection du patrimoine européen était un des moyens de réaliser le but de l'organisation : l'union plus étroite entre les membres car il permettait de « *développer une identité culturelle européenne* » commune. Pour cette raison, le Conseil a engagé trois types d'actions sur ce thème. Premièrement, le Conseil prépare et rédige des textes internationaux, soit des recommandations soit des conventions (outre la convention culturelle européenne déjà citée on compte la convention européenne pour la sauvegarde du patrimoine archéologique (Londres, 6 mai 1969) dont une version révisée a été adoptée à La Valette le 16 janvier 1992 ; la convention européenne sur les infractions concernant les biens culturels (Delphes, 23 juin 1985) ; la convention pour la protection du patrimoine architectural de l'Europe (Grenade, 3 octobre 1985)). Deuxièmement, il exerce des activités permanentes de nature technique encadrées par des programmes intergouvernementaux comme le programme de coopération et d'assistance technique relatif à la conservation intégrée du patrimoine culturel adopté en 1973 par le conseil de coopération culturelle et modifié en 1987 et en 1992 <sup>1</sup>, le programme relatif à la promotion du savoir-faire et des métiers du patrimoine <sup>2</sup> et programme relatif à des actions de sensibilisation et de pédagogie du patrimoine (avec la Journée européenne du patrimoine et les Classes européennes du patrimoine). Troisièmement, et plus généralement le Conseil de l'Europe joue un rôle de forum où les différents problèmes rencontrés par les pays européens dans le domaine de la protection du patrimoine sont évoqués et débattus.

## 2) La mise en place d'une administration permanente chargée des biens culturels au Conseil de l'Europe

La mise en place d'une administration permanente chargée des biens culturels est une conséquence de la volonté d'intervention de cette organisation internationale dans le domaine des biens culturels.

---

<sup>1</sup> Le Programme d'assistance technique et de coopération pour la conservation du patrimoine architectural tend à aider les autorités nationales, régionales ou locales à résoudre les problèmes complexes de conservation et de mise en valeur de leur patrimoine bâti. La France y a fait appel pour la ville de Vieux-Brisach et pour le Pont du Gard, et l'Italie pour l'ensemble urbain de Tropea. Si les programmes de coopération technique ne donnent pas lieu au financement des travaux, le Conseil de l'Europe peut exercer un rôle de conseil et d'intermédiaire en la matière, en vue d'orienter les autorités et de les aider à organiser le financement de chaque action.

<sup>2</sup> En vue de promouvoir la sauvegarde et la transmission du savoir-faire lié aux métiers du patrimoine, le Conseil de l'Europe a lancé en 1987 un "réseau européen des métiers du patrimoine", associe les autorités nationales, les associations professionnelles, des centres de formation et des spécialistes des Etats membres. Il vise à l'échange systématique d'informations entre les partenaires des divers pays et au développement de programmes multinationaux communs. Des actions communes sont également organisées autour d'ateliers professionnels pour l'assistance à la mise en place de nouveaux centres de formation dans les pays européens et pour la conduite de projets multilatéraux spécifiques comme des ateliers sur la brique ou sur le vitrail.



a) Mise en place d'une administration consultative

Les comités qui composent l'administration consultative du Conseil de l'Europe peuvent être créés soit sur le fondement de l'article 17 des statuts de 1949, soit sur le fondement de dispositions *ad hoc* de conventions élaborées par le Conseil de l'Europe

L'article 17 des statuts du Conseil de l'Europe prévoit que « *Le Comité des Ministres peut constituer, à toutes fins qu'il jugera désirables, des comités ou commissions de caractère consultatif ou technique* ». De nombreux comités ont vu le jour sur ce fondement. Ils ont principalement pour tâche de gérer les programmes de travail intergouvernementaux adoptés par le Comité des ministres et d'élaborer des textes de recommandation ou de convention. En 1973, le Comité des ministres a créé un Comité des monuments et des sites chargé de préparer le premier Règlement de l'assistance technique relative à la conservation intégrée du patrimoine culturel immobilier qu'il venait d'adopter. En 1981, sur recommandation de l'Assemblée parlementaire, le Comité des ministres a créé un Comité directeur pour les politiques urbaines et le patrimoine architectural (CDUP), avec mandat de soumettre des propositions et de mener des activités dans deux secteurs du programme d'activités intergouvernementales : les politiques urbaines et le patrimoine architectural. En 1982, sur la base du travail d'un groupe d'experts de divers pays, le CDUP a recommandé au Comité des ministres la rédaction d'une convention européenne pour la sauvegarde du patrimoine architectural. Il a proposé au Conseil des ministres la création d'un comité restreint d'experts ayant pour mandat spécifique d'en élaborer le projet. Le Comité des ministres a créé ce comité, composé de représentants de douze pays membres du Conseil de l'Europe. A l'issue de trois réunions tenues entre 1983 et 1984, le comité restreint d'experts a transmis le texte du projet de convention au CDUP qui l'a examiné et approuvé, l'a transmis au Comité des ministres qui l'a adopté le 14 mai 1985. La convention a été ouverte à la signature le 3 octobre 1985 à Grenade. En 1989 un autre organe consultatif, le comité directeur pour la conservation intégrée du patrimoine historique (CDPH), est à l'origine d'une *Recommandation aux Etats membres relative à la protection et mise en valeur du patrimoine archéologique dans le contexte des opérations d'aménagement rural et urbain*. En 1990, le CDPH est remplacé par le comité du patrimoine (CC PAT), constitué de représentants des administrations chargées du patrimoine culturel des Etats membres et gère auprès du Conseil de coopération culturelle le programme intergouvernemental de ce secteur. Il dispose d'un bureau qui en 1992 a révisé le règlement de l'assistance technique relative à la conservation intégrée du patrimoine culturel immobilier.

La situation des organes consultatifs du Conseil de l'Europe en matière patrimoniale est assez complexe car les organes créés par le Comité des ministres selon la procédure de l'article 17 de la convention de 1949 sont coordonnés par un organe consultatif créé sur le fondement d'une disposition d'une autre convention, l'article 16 de la convention de coopération culturelle de 1954. On a déjà vu que l'article 16 de la convention culturelle européenne de 1954 prévoyait la création d'un Comité des experts culturels du Conseil de l'Europe dont le but était d'examiner *« les propositions relatives à l'application des dispositions de la présente Convention et les questions concernant son interprétation »*. Toujours selon cet article les conclusions du comité *« seront soumises sous forme de recommandations au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe »*. Le comité des experts culturels prit par la suite le nom de Conseil de la coopération culturelle. Le comité du patrimoine évoqué plus haut dépend du Conseil de la coopération culturelle.

Les conventions élaborées récemment par le Conseil de l'Europe dans le domaine du patrimoine prévoient la création de comités permanents d'experts chargés de suivre l'application de ces mêmes conventions. Les conventions de Grenade (1985, patrimoine architectural) et de Malte (1992, patrimoine archéologique) n'échappent pas à cette "institutionnalisation". L'article 20 de la Convention de Grenade et l'article 13 de la convention de Malte prévoient, dans les mêmes termes, la création d'un comité d'experts ayant pour tâche de *« 1. de soumettre périodiquement au Comité des ministres un rapport sur la situation des politiques de conservation du patrimoine architectural dans les Etats parties à la Convention, sur l'application des principes qu'elle a énoncés et sur ses propres activités ; 2 de proposer au Comité des ministres toute mesure tendant à la mise en œuvre des dispositions de la convention, y compris dans le domaine des activités multilatérales et en matière de révision ou d'amendement de la Convention ainsi que d'information du public sur les objectifs de la convention »*. Ces comités sont relativement autonomes et ne font pas partie de la vaste et complexe structure créée autour du Conseil de la coopération culturelle et du comité du patrimoine.

#### b) Création de services administratifs

Le secrétariat général du Conseil de l'Europe prévu par les articles 36 et 37 du statut connaît un renforcement constant. D'organe de soutien administratif au Comité des ministres et à l'Assemblée parlementaire, il devient administration à part entière. Ses effectifs augmentent et de compacte qu'elle était à l'origine son organisation interne se divise en fonction de spécialisations fonctionnelles. Au milieu des années 1990 sont apparues (comme

au sein de la Commission européenne) des directions générales. Parmi ces directions, la direction générale IV est chargée de l'éducation, de la culture et du patrimoine, et de la Jeunesse et du Sport. Au sein de cette direction existe un *Service du patrimoine culturel*.

c) La création d'un "établissement public"

Enfin, de la même manière que les administrations centrales des Etats nationaux ont créé des formes d'organisation plus souples que les départements ministériels, les établissements publics, pour échapper à la contrainte des règles de la fonction publique et à la contrainte des règles de la comptabilité publique, le Conseil de l'Europe, comme les autres grandes organisations internationales cherche à s'entourer de structures d'intervention lui permettant d'agir avec plus d'efficacité. Le statut des organisations internationales ne leur permet pas en général de créer d'autres personnes morales. Aussi la formule de la coopération avec d'autres organisations (en général non gouvernementales) est-elle assez développée. Avec la création d'un véritable établissement public, le Conseil de l'Europe fournit un bon exemple d'une telle coopération. Cet exemple est d'autant plus intéressant qu'on y voit la coopération évoluer graduellement vers une subordination de l'entité avec laquelle le Conseil coopérait. Dès les années 1980 le Conseil de l'Europe soutenait le Centre européen de formation d'artisans pour la conservation du patrimoine architectural situé sur l'île de San Servolo à Venise par la voie d'une subvention versée à la Fondation Pro Venetia Viva qui gérant directement le Centre. Ce centre offrait des cours d'initiation à des techniques spécialisées et des stages pratiques sur chantiers de restauration à des artisans (tailleurs de pierre, menuisiers, stucateurs, peintres). A la suite de négociations complexes, la fondation Pro Venetia Viva a été transformée à l'été 1995 en « satellite » du Conseil de l'Europe et dénommée Fondation Européenne pour les métiers du patrimoine (FEMP). Elle a été chargée de « *favoriser le progrès du savoir-faire de la conservation du patrimoine et sa transmission* », autrement dit, de donner aux professionnels des pays européens les moyens de mieux conserver donc de mieux transmettre le patrimoine existant en apportant une assistance technique aux projets de formation continue dans le domaine des métiers du patrimoine (la formation initiale ou même la spécialisation étant considérées comme relevant d'abord des niveaux nationaux et régionaux). En pratique, elle met en œuvre le projet de Réseau européen des métiers du patrimoine établi par le Comité du patrimoine culturel. En 1999 le Conseil de l'Europe a ouvert la direction de cette fondation à d'autres organisations internationales (gouvernementales ou non : l'Unesco, le Parlement européen, l'Icomos) afin d'élargir ses capacités financières en créant une Association de partenaires dont le siège est à Strasbourg.

Sur des fondements conventionnels étroits, le Conseil de l'Europe s'est doté d'un appareil administratif complet (organes de décision, organes consultatifs, services administratifs, établissement public) lui permettant de bénéficier d'une capacité d'expertise proche de celle des Etats les plus avancés dans le domaine des biens culturels. Grâce à cette capacité, qui s'analyse finalement comme une légitimité technique, il exerce une compétence abstraite dont les Etats ne peuvent pas ne pas tenir compte même lorsque qu'elle s'exprime en dehors de conventions internationales.

## **B. Les organisations internationales non gouvernementales**

Les organisations non gouvernementales ne sont pas issues d'un accord entre Etats. Il s'agit d'organisations nationales, qui souvent revêtent la forme juridique de l'association, mais qui exercent une activité internationale. Parmi les nombreuses organisations non gouvernementales qui oeuvrent dans le domaine de la protection des biens culturels on distingue les organisations non gouvernementales techniques qui regroupent des spécialistes et des organisations non gouvernementales de financement comme le *World Monuments Found* ou la *Getty Foundation*. Mais ce n'est pas cette distinction que nous suivrons ici. Nous nous concentrerons sur l'étude des organisation non gouvernementales techniques car ce sont elles qui adoptent ce qu'on appelle les normes techniques internationales<sup>3</sup>. On présentera tout d'abord les deux organisations non gouvernementales les plus importantes (1) avant d'énumérer certaines autres plus spécialisées ou de plus faible taille (2).

### **1) Les deux "grandes" organisations internationales non gouvernementales : l'Icom et l'Icomos**

#### **a) L'Icom, International Council for Museums, Conseil international des musées**

L'Icom a été créé en 1946 pour « *promouvoir les intérêts de la muséologie et des autres disciplines concernées par la gestion et les activités des musées* » (article 1 § 1 des Statuts). Ses 17 000 membres présents dans 140 pays sont tous, à un titre ou à un autre, des professionnels des musées. L'Icom a pour but principal de se consacrer au développement des musées et de la profession muséale et d'œuvrer à la préservation du patrimoine culturel. Attaché à promouvoir et à faciliter des échanges professionnels, il constitue un réseau mondial de communication pour les professionnels des musées de toute discipline et de toute

---

<sup>3</sup> Néanmoins, on soutient que les organisations non gouvernementales de financement, en établissant les critères auxquels doivent répondre les monuments ou les objets dont elles financent le sauvetage, élaborent des programmes d'action de rang para-normatif. Et les Etats concernés doivent tenir compte de ces programmes dans leurs propres programmations. A une échelle moindre, le cas de figure est semblable à celui des financements communautaires.

spécialité. En application de ses statuts, l'Icom exerce ses activités dans les domaines suivants : coopération et échanges scientifiques, dissémination de la connaissance sur les musées et sensibilisation du public, formation professionnelle, développement de normes professionnelles, élaboration et promotion de la déontologie professionnelle, protection du patrimoine et lutte contre le trafic illicite de biens culturels.

Son organisation s'articule autour d'une assemblée générale convoquée tous les ans qui prend les décisions les plus importantes (modification des statuts, adoption du programme triennal d'activité, adoption des « directives et normes de l'Icom »). Un conseil exécutif aidé par un secrétariat ainsi que par des comités nationaux met en œuvre ces décisions. Le comité exécutif ne peut pas prendre les décisions relevant de sa compétence propre sans avoir préalablement saisi le comité consultatif.

Mais deux autres particularités font de l'Icom une organisation puissante et scientifiquement très respectée. Premièrement, en plus des adhésions directes de membres physiques, elle est également une confédération d'associations muséales comme le Congrès international des musées maritimes, l'association des musées du Commonwealth, l'association des musées d'architecture, ... Tout en gardant leur autonomie, ces organisations s'associent à certaines activités de l'Icom et sont représentées au sein du comité consultatif. Deuxièmement et surtout, elle a créé des comités internationaux spécialisés, il en existe 28 à ce jour, chargés de mener une réflexion internationale de pointe soit sur chacune des différentes catégories de musées (comité international pour les musées des beaux-arts, comité international pour les musées et collections d'archéologie et d'histoire, ...) soit sur chacune des différentes disciplines de la profession muséale (comité international pour la conservation, comité international pour la formation du personnel, ...).

b) L'Icomos, International Council for Monuments and Sites, Conseil international pour les monuments et les sites

L'Icomos est l'autre grande organisation internationale non gouvernementale existant dans le domaine des biens culturels. Elle se consacre à la conservation des monuments historiques et des sites dans le monde. Elle a été fondée à Varsovie en 1965, à la suite de l'élaboration de la charte internationale sur la conservation et la restauration des monuments et des sites (Charte de Venise) par certains des pères de la Charte. Au premier janvier 2000 l'Icomos comptait 7700 membres dans 107 pays.

En fonction de ses statuts, l'Icomos, qui rassemble les spécialistes de la conservation du monde entier, exerce ses activités dans quatre domaines. Premièrement, il cherche à

approfondir la réflexion théorique autour des notions de monument, de site, de conservation, de restauration en étendant l'influence de la Charte de Venise, en créant des textes doctrinaux pour des secteurs spécifiques du patrimoine architectural et en mettant au point les applications méthodologiques, techniques et scientifiques qui en découlent. Deuxièmement, l'Icomos encourage l'adoption et l'application des conventions internationales sur la conservation et la mise en valeur du patrimoine architectural. Troisièmement, il s'attache à la formation de conservateurs et de spécialistes en élaborant des programmes de formation. Quatrièmement, il mène des activités d'expertise.

Les structures de l'Icomos comprennent une assemblée générale, instance suprême, qui tous les trois ans réunit l'ensemble des membres. L'assemblée générale détermine le programme et les orientations budgétaires pour les trois années à venir et surveille la réalisation des objectifs de l'Icomos. Elle élit le comité exécutif et son bureau. Le comité exécutif est l'instance de direction. Il est chargé de préparer le programme d'action et le budget ainsi que de contrôler leur mise en œuvre. Un bureau le supplée dans l'intervalle de ses sessions. Un secrétariat international situé au siège de l'Icomos à Paris coordonne la mise en place du programme fixé par l'Assemblée. Enfin un comité consultatif conseille le conseil exécutif et fait des suggestions et recommandations sur les priorités du programme et les orientations. L'Icomos s'appuie en outre sur un réseau de comités nationaux qui mettent en œuvre localement les programmes adoptés. Comme l'Icom, il a créé un réseau de comités scientifiques internationaux qui sont responsables du développement des théories et des techniques de conservation dans des domaines spécifiques comme par exemple le comité international de l'archéologie de conservation. Chaque comité regroupe des experts de réputation mondiale.

## 2) La multitude des autres organisations non gouvernementales

Il n'est pas possible de citer toutes les autres organisations non gouvernementales opérant dans le domaine des biens culturels. On dira simplement que la plupart se consacrent à des domaines très techniques comme la restauration avec l'Iccrom (*International Centre for Studies of the Preservation and Restoration of Cultural Property*, Centre international d'études pour la conservation et la restauration des biens culturels qui siège à Rome) et l'Iic (*International Institute of Conservation* qui siège à Londres) ou l'archéologie. D'autres s'occupent de l'organisation de professions liées aux biens culturels à un niveau international ou européen comme l'E.C.C.O. (*European Confederation of Conservator-Restorer's Organization*).

### C. Les réseaux de recherche

L'organisation qui prend la forme d'un réseau de recherche n'est pas constituée d'un seul élément mais de plusieurs, bien différenciés (par la personnalité morale, la nationalité, la taille, ...). L'organisation sous forme de réseau de recherche n'a pour but que la réalisation d'un projet. Elle n'a donc pas *a priori* de caractère permanent. Cela n'empêche pas que le réseau puisse s'organiser en vue d'une action permanente en fonction de son objet et des circonstances.

La pratique a montré qu'il existait deux grandes catégories de réseaux : les réseaux créés spontanément et les réseaux créés par incitation. Dans le domaine des biens culturels, les réseaux spontanés ne sont pas les plus nombreux. A titre d'exemple, on peut citer le programme franco-allemand de recherche sur les monuments historiques (1989-1996) qui associa deux ministères français (le ministère de la culture au travers de la sous-direction des monuments historiques et de la mission de la recherche et de la technologie et le ministère de l'environnement) et le CNRS au ministère fédéral allemand de la recherche et de la technologie et des équipes relevant de trois Länder. La recherche porta sur une sélection de cinq monuments (2 en France et 3 en Allemagne) destinés à servir de modèles d'application de méthodes et techniques de restauration autour de trois axes principaux, le vitrail, la pierre et l'environnement atmosphérique <sup>4</sup>. Avec la multiplication des encouragements publics à la recherche, les réseaux créés sur incitation sont devenus les plus nombreux. On va présenter ceux qui concernent les biens culturels en suivant l'origine des financements publics. De nombreux réseaux de recherche ont vu le jour grâce aux financements communautaires (1), d'autres grâce à des financements intergouvernementaux (2).

1) Les réseaux de recherche liés à la Communauté européenne

a) Les réseaux de recherche liés aux programmes lancés par la direction générale de l'éducation et de la culture (ex DG X)

La direction générale de l'éducation et de la culture (ex DG X), en exerçant la compétence culturelle que lui attribue l'article 151 (ex 148) du traité de Maastricht, est à l'origine de deux générations de programmes de recherche. La première génération lancée à la fin des années 1990 comptait plusieurs programmes consacrés à trois champs culturels spécifiques : Kaléidoscope (arts vivants), Ariane, (littérature) et Raphaël (patrimoine). La seconde génération apparue en l'an 2000 ne compte qu'un seul programme, le programme

---

<sup>4</sup> Culture et recherche, n°76, janvier - février 2000, 2.

Culture 2000, qui couvre les trois champs précédents. Nous allons poursuivre les développements en nous appuyant sur le programme Raphaël qui, bien qu'étant désormais terminé, reste riche d'enseignements à cause de sa vocation exclusive au patrimoine culturel d'une part et du succès qu'il a rencontré d'autre part.

La décision n°2228/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 a établi un "programme d'action communautaire dans le domaine du patrimoine culturel" dénommé programme Raphaël. Selon l'article 1 de la décision, ce programme a pour but *«de soutenir et de compléter, par la voie de la coopération, l'action entreprise par les Etats membres dans le domaine du patrimoine culturel d'importance européenne»*. Ce programme, fondé sur le développement de la coopération transnationale, et donc sur la création de réseaux européens avait cinq objectifs : encourager la conservation et la restauration des éléments du patrimoine culturel qui ont une importance européenne, en contribuant à leur valorisation et à leur rayonnement, encourager le développement de la coopération transnationale entre les institutions et/ou les opérateurs du patrimoine culturel, améliorer l'accès au patrimoine culturel dans sa dimension européenne, encourager la coopération transnationale en ce qui concerne la mise au point de nouvelles technologies applicables aux différentes catégories et disciplines du patrimoine et préserver les métiers et les techniques traditionnels du patrimoine culturel. Les projets soumis devaient répondre à certaines conditions. Tout d'abord *«posséder une dimension européenne et présenter une valeur ajoutée par rapport aux actions menées dans les Etats membres »* et ensuite répondre à des critères tel que celui de *«présenter un intérêt au niveau communautaire en raison de leur caractère exemplaire, novateur ou informatif, porter sur des problèmes posés par la préservation du patrimoine culturel et contribuer au développement des meilleures pratiques en matière de préservation et enfin être susceptibles de produire un effet multiplicateur en termes culturels, éducatifs ou socio-économiques »*<sup>5</sup>.

Parmi les nombreux réseaux de recherche qui se sont créés grâce au programme Raphaël on citera deux exemples. Celui du réseau de Pavie et celui du réseau de Vienne.

Au milieu des années 1990 des spécialistes de plusieurs pays européens lancèrent un projet de conférence internationale relative à la conservation des biens culturels dont le but était de mettre à jour la Charte de Venise. Sans en renier les principes fondateurs il s'agissait

---

<sup>5</sup> Enfin les projets devaient s'inscrire dans l'une des quatre actions prévues : conservation, sauvegarde et mise en valeur du patrimoine culturel européen par la voie d'une coopération européenne ; coopération pour l'échange d'expériences et le développement des techniques appliquées au patrimoine ; accès, participation et sensibilisation du public au patrimoine culturel ; coopération avec les pays tiers et les organisations internationales



pour eux de l'adapter aux changements de toute nature (politiques, doctrinaux, techniques) intervenus depuis 1965. Coordonné par une équipe italienne le réseau présenta un projet en ce sens à la Commission européenne afin de bénéficier d'un financement dans le cadre du programme Raphaël, financement qui fut accordé. A partir de ce moment, le réseau, qui regroupait autour de l'Université d'Architecture de Venise, la ville de Venise, les universités de Valladolid, de Gand, de Cracovie et de Budapest s'engagea dans trois années de recherche et de confrontations au cours desquelles le thème de la conservation du patrimoine fut envisagé sous tous ses aspects. Après plus de 25 réunions préliminaires tenues dans diverses villes européennes, une charte fut finalement adoptée à Cracovie le 26 octobre 2000 lors d'une conférence internationale qui réunissait plus de 300 participants et au cours de laquelle 120 exposés ont été présentés. Les grandes lignes du contenu de cette charte sont présentés dans la seconde section de ce chapitre.

b) Les réseaux de recherche liés aux programmes financés par d'autres directions générales

Le traité de Maastricht a étendu les domaines d'intervention de la politique communautaire de la recherche et de la technologie <sup>6</sup>. Celle-ci vise désormais, outre le renforcement des bases scientifiques et technologiques de l'industrie européenne et le développement de sa compétitivité internationale, à « *promouvoir les actions de recherche jugées nécessaires au titre d'autres chapitres du présent traité* » (TCE article 163, ex article 130 F). Le traité précise que toutes les actions menées par la communauté dans le domaine de la recherche et du développement obéissent aux mêmes dispositions, celles d'un programme-cadre, préparé par la commission, qui les rassemblent toutes et qui est co-décidé par le Conseil statuant à l'unanimité et par le Parlement européen. Ce dernier peut en effet rejeter à la majorité simple la proposition du Conseil en cas d'échec de la procédure de conciliation prévue s'il y a de désaccord entre les deux institutions.

Le IV<sup>o</sup> programme cadre (1994-1998) ne prévoyait pas d'actions spécifiques dans le domaine de la culture. Néanmoins de nombreuses actions de recherche intéressant différents aspects techniques du patrimoine culturel trouvaient place dans des programmes comme par exemple ceux consacrés à l'environnement (techniques de protection et de conservation du patrimoine) ou aux technologies de l'information (technologies multimédias) <sup>7</sup>. La direction générale de la recherche (ex DG XII Science, recherche et développement) avait d'ailleurs

---

<sup>6</sup> C'est l'Acte unique européen qui institutionnalisa le rôle de la CEE dans le domaine de la recherche en créant au sein du traité de Rome un nouveau chapitre VII consacré à la recherche et au développement.

<sup>7</sup> "Dossier Europe: recherche communautaire et culture", *Culture et recherche*, n°46, février 1994, 2 ss.

créé un domaine de recherche *Protection et conservation du patrimoine culturel européen* qui a donné lieu à la création de réseaux autour de projets comme *Matériaux granitiques et monuments historiques : l'étude des climats et de son application à la conservation* regroupant six laboratoires portugais, deux espagnols, un anglais et un français (le Laboratoire de recherche des monuments historiques) ou comme le *Rôle des apports atmosphériques solides et gazeux et de la nature du substrat dans les altérations superficielles de monuments. Approche expérimentale et modélisation* regroupant deux laboratoires français, un suisse et un italien. La DG XII publiait alors une revue *European Cultural Heritage. Newsletter on Research* qui rendait compte des résultats.

Le V<sup>e</sup> programme-cadre de recherche et de développement (5<sup>e</sup> PCRD) s'étend de 1998 à 2002 et contient un programme thématique intitulé *Energie, environnement et développement durable*. Au sein de ce programme thématique l'action-clé n°4 est consacrée au thème *Ville de demain et patrimoine culturel*. Parmi les quatre thèmes de cette action-clé, un thème concerne directement le patrimoine culturel. Il s'agit du thème n°4.2 *Protection, conservation et mise en valeur du patrimoine culturel européen* qui a comme objectif d'identifier et d'évaluer les dommages causés au patrimoine culturel aussi bien mobilier qu'immobilier, afin de mettre en œuvre des solutions qui permettent de le protéger, de le conserver et de le mettre en valeur tout en assurant son accessibilité et son intégration dans le contexte urbain. Ce thème se décline lui-même de la façon suivante : *Evaluation des dommages sur le patrimoine culturel* (4.2.1), *Développement de stratégies de conservation innovantes* (4.2.2.), *Meilleure intégration du patrimoine culturel dans le contexte urbain* (4.2.3.). A titre d'exemple, le sous-thème *Développement de stratégies de conservations innovantes*, a pour objectif de concevoir des outils et des méthodologies de conservation pour une gestion durable du patrimoine culturel : en développant des stratégies de conservation innovantes concernant aussi bien le patrimoine mobilier qu'immobilier, en mettant au point de nouveaux produits, méthodes et technologies de conservation, en testant la réversibilité et l'innocuité des traitements et la comptabilité entre nouveaux matériaux et matériaux historiques, en développant des systèmes de contrôle des conditions environnementales (systèmes de climatisation, vitrines d'exposition) et de nouveaux concepts pour la construction des nouveaux musées, en testant de nouvelles stratégies de restauration et de préservation dans le domaine des monuments historiques, en développant des analyses de type "coût/bénéfice", "cycle de vie" et "analyse d'impact environnemental" appliquées au patrimoine culturel au regard des chartes internationales (Athènes, Venise, etc.). L'action-clé

*Ville de demain et patrimoine culturel* représente 170 millions d'euros pour une période de quatre ans. Chaque projet reçoit un financement moyen de 1,75 millions d'euros.

2) Les réseaux de recherche liés à des programmes intergouvernementaux (COST, EUREKA ou EUROCARE)

De nombreux programmes de recherche contiennent des volets consacrés à des aspects techniques de la conservation des biens culturels.

Les actions COST (coopération scientifique et technique, lancées par la France en 1971) et les programmes EUREKA (lancés par la France et l'Allemagne en 1985) sont conçus dans un cadre intergouvernemental et ouverts à des Etats européens non-membres de la CEE. Le financement est fourni de façon simplement coordonnée par les Etats participants sans mécanisme central, avec une présidence tournante. Autre particularité, les projets sont dits de *bottom up*, c'est-à-dire qu'ils émanent des entreprises. A titre d'exemple dans le cadre des actions COST on peut citer la recherche relative à l'*Application des techniques d'analyse par faisceaux d'ions à l'art et à l'archéologie* (1990-1994) réunissant des équipes françaises et allemandes.

EUROCARE a été créé en 1986. C'est un programme d'EUREKA consacré à la préservation du patrimoine culturel européen. Il est ouvert à tous les pays européens, membres ou non-membres de l'Union. Un représentant de l'Union participe à ses réunions. L'objectif d'EUROCARE est la mise au point de produits ou d'appareillages techniques innovants destinés à la conservation et la restauration des biens culturels, avec le souci d'aller dans le sens de la conservation préventive. Il s'organise autour d'un bureau exécutif composé des représentants des pays participants, chargé d'évaluer et de sélectionner les projets. La présidence et le secrétariat sont assurés à tour de rôle par chacun des pays membres. Un comité de suivi scientifique, avec un échelon national et un échelon international est chargé de conseiller le bureau exécutif. Parmi la quarantaine de projets financés par EUROCARE, citons les projets Iccamdes 88, *Identification des paramètres physiques critiques de l'air dans les musées*, qui rassemble des équipes italiennes et grecques et Dias EC 87, *Mise au point de bases de données avancées pour les sites anciens* qui rassemble des structures de recherche et des entreprises italiennes, grecques, anglaises, et hongroises.

## **§ 2 L'accroissement du nombre de textes adoptés par les instances internationales**

Les organisations internationales, qui se sont appropriées le domaine des biens culturels et en ont fait un de leurs champs de compétence, y ont toutes montré une activité intense. Certaines sont à l'origine de conventions internationales. Mais en dehors des conventions, l'Unesco <sup>8</sup>, le Conseil de l'Europe <sup>9</sup>, l'Icomos <sup>10</sup> et l'Icom <sup>11</sup> ont à eux quatre adopté une quarantaine de textes internationaux non obligatoires pour les Etats. Non seulement ces textes sont relatifs à tous les aspects de la protection des biens culturels (A.), mais en outre, ils sont souvent reliés entre eux par de nombreuses références réciproques (B.).

### **A. Adoptions de textes relatifs à tous les aspects de la protection des biens culturels**

Ces textes concernent aussi bien l'étendue du champ patrimonial (1) que le régime des biens protégés (2).

---

<sup>8</sup> Les principales recommandations de l'Unesco dans le domaine du patrimoine culturel sont les suivantes : recommandation du 14 décembre 1960 concernant les moyens les plus efficaces de rendre les musées accessibles à tous, recommandation du 11 décembre 1962 concernant la sauvegarde de la beauté et du caractère des paysages et des sites, recommandation du 19 novembre 1964 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'exportation, l'importation et le transfert de propriétés illicites des biens culturels, recommandation du 19 novembre 1968 concernant la préservation des biens culturels mis en péril par les travaux publics ou privés, recommandation du 16 novembre 1972 concernant la protection sur le plan national, du patrimoine culturel et naturel, recommandation du 26 novembre 1976 concernant l'échange international de biens culturels, recommandation du 26 novembre 1976 concernant la sauvegarde des ensembles historiques ou traditionnels et leur rôle dans la vie contemporaine, recommandation du 28 novembre 1978 concernant la protection des biens culturels mobiliers, recommandation du 27 octobre 1980 concernant la sauvegarde des images en mouvement, recommandation 16 novembre 1989 sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire.

<sup>9</sup> Les principales résolutions du Comité des ministres dans le domaine des biens culturels sont les suivantes : résolution (66) 20 du 29 mars 1966 concernant la réanimation des monuments, résolution (68)12 du 3 mai 1968 relative à la conservation active des sites, monuments et ensembles d'intérêt historique ou artistique dans le cadre de l'aménagement du territoire, Charte européenne du patrimoine architectural du 26 septembre 1975, résolution (76) 28 du 14 avril 1976 sur l'adaptation des systèmes législatifs et réglementaires aux exigences de la conservation intégrée du patrimoine architectural, recommandation n° R (81)13 du 1 juillet 1981, concernant les actions à entreprendre en faveur de certains métiers menacés de disparition dans le cadre de l'activité artisanale, recommandation n° R (86) 15 du 16 octobre 1986 relative à la promotion des métiers artisanaux intervenant dans la conservation du Patrimoine architectural, recommandation n° R (89) 5 du 13 avril 1989 relative à la protection et mise en valeur du patrimoine archéologique dans le contexte des opérations d'aménagement urbain et rural, recommandation n° R (90) 18 du 18 juin 1990 sur le rôle des musées en matière d'éducation, d'information et de formation à l'environnement, recommandation n° R (90) 20 du 13 septembre 1990 relative à la protection et la conservation du patrimoine technique, industriel et des ouvrages d'art en Europe, recommandation n° R (91) 6 du 11 avril 1991 sur les mesures susceptibles de favoriser le financement de la conservation du patrimoine architectural, recommandation n° R (91) 13 du 9 septembre 1991 relative à la protection du patrimoine architectural du vingtième siècle.

<sup>10</sup> Les chartes adoptées par l'Icomos sont les suivantes : la charte internationale sur la conservation et la restauration des monuments et des sites dite Charte de Venise, 1964-1965 ; Charte du tourisme culturel, novembre 1976, révisée en 1999 ; Charte de Florence sur les jardins historiques, décembre 1982 ; Charte internationale pour la sauvegarde des villes historiques, octobre 1987 ; Charte internationale pour la gestion du patrimoine archéologique, 1990 ; Charte sur la protection et la gestion du patrimoine culturel subaquatique, 1996 ; Principes à suivre pour la conservation des structures historiques, 1999 ; Charte du patrimoine bâti vernaculaire, 1999.

<sup>11</sup> Les principaux textes adoptés par l'Icom sont les suivantes : directives pour la rédaction d'un contrat de prêt, 1974 ; Normes documentaires (archéologie), 1992 ; Un objet arrive au musée : enregistrement étape par étape 1993 ; Etiquetage et marquage des objets, 1994 ; Le conservateur restaurateur : une définition de la profession 1984 ; Code de déontologie des professions muséales, 1986 ; Curricula Guidelines for Museum Professional Development 2000 ; Projet de norme documentaire internationale pour les sites archéologiques 1995 ; Traitement normalisé des données en ethnologie/ethnographie 1996.

### 1) Textes relatifs à l'étendue du champ patrimonial

Les documents adoptés par les instances internationales ont souvent été à l'origine d'un élargissement du champ patrimonial, c'est-à-dire de la nature des biens protégés. En 1982 l'Icomos adopte lors de son assemblée générale de Florence une charte des jardins historiques qui sera, pour partie, à l'origine de nombreuses protections de parcs et de jardins en France au titre de la loi de 1913 et en Italie au titre de celle de 1939. La recommandation du Conseil de l'Europe du 13 septembre 1990 relative à la protection et à la conservation du patrimoine technique, industriel et des ouvrages d'art en Europe et la recommandation du 9 septembre 1991 relatives à la protection du patrimoine architectural du XX<sup>e</sup> siècle accompagnent les campagnes de protection de ces « nouveaux patrimoines » qui sont, à la même époque, presque systématiques en France et plus ponctuelles en Italie. La recommandation de l'Unesco du 27 octobre 1980 concernant la sauvegarde des images en mouvement encouragera la réflexion sur les modalités particulières de protection de ces nouveaux biens culturels.

Dans d'autres cas, les documents internationaux sont "en retard" par rapport aux législations française et italienne. L'intérêt pour les ensembles historiques que promeut la Charte de Venise de l'Icomos de 1964 et la Charte européenne du patrimoine architectural du 26 septembre 1975 a déjà été pris en compte par la loi italienne n.1497 du 29 juin 1939 sur les beautés naturelles qui permet à l'administration de protéger *« les ensembles de choses immobilières qui présentent un aspect caractéristique ayant valeur esthétique et traditionnelle »* et par la loi française du 4 août 1962 donnant la possibilité à l'administration de soumettre *« tout ou partie d'un ensemble immobilier »* présentant *« un caractère historique, esthétique ou de nature à en justifier la conservation, la restauration et la mise en valeur »* au régime protecteur des « secteurs sauvegardés ». Mais la mise en œuvre des protections nationales relatives aux ensembles a été lente et n'a pas eu tous les effets escomptés. La recommandation de l'Unesco du 26 novembre 1976 concernant la sauvegarde des ensembles historiques ou traditionnels et leur rôle dans la vie contemporaine contient des innovations que les deux lois nationales n'avaient pas prévues.

### 2) Textes relatifs au régime des biens protégés

Les recommandations des instances internationales sont parfois encore plus innovantes par rapport aux droits nationaux existants en ce qui concerne le régime des biens protégés. La recommandation de l'Unesco du 19 novembre 1968 concernant la préservation des biens culturels mis en péril par des travaux publics ou privés a tenté d'attirer l'attention des Etats

sur un fléau qui sévissait à l'époque et dont la France et l'Italie n'ont pas été les pays les moins protégés, le sacrifice du patrimoine le moins protégé par nature, le patrimoine archéologique à l'occasion de travaux d'infrastructures ou même seulement d'opérations immobilières. L'adoption vingt ans plus tard par le Conseil de l'Europe de la recommandation du 1<sup>er</sup> avril 1989 relative à la protection et mise en valeur du patrimoine archéologique dans le contexte des opérations d'aménagement urbain et rural démontre que le fléau n'a pas cessé. Dans un autre domaine, la recommandation du Conseil de l'Europe du 11 avril 1991 sur les mesures susceptibles de favoriser le financement de la conservation du patrimoine architectural aborde de front le lancinant problème du financement de la protection dont, en France comme en Italie, le montant n'est jamais à la hauteur des objectifs affichés.

En somme, les textes adoptés par les instances internationales jouent souvent un rôle précurseur, en traçant un chemin que les Etats finissent par emprunter plus ou moins.

## **B. Les liens réciproques entre les différents textes**

Ces textes ont en effet établi des liens entre eux en se faisant souvent réciproquement référence. Citons trois exemples parmi beaucoup d'autres. L'article 15 de la charte de Venise est consacré aux fouilles archéologiques. Il fait référence à une recommandation de l'Unesco : « *Les travaux de fouilles doivent s'exécuter conformément à des normes scientifiques et à la "Recommandation définissant les principes internationaux à appliquer en matière de fouilles archéologiques" adoptée par l'Unesco en 1956* ». La recommandation de l'Unesco concernant la sauvegarde des ensembles historiques ou traditionnels et leur rôle dans la vie contemporaine de 1976 encourage les Etats membres de l'Unesco à « *coopérer avec les organismes internationaux spécialisés en la matière tel que (...) le Conseil international des monuments et des sites (Icomos) et le Conseil international des musées (Icom)* » (article 49). La Charte internationale pour la sauvegarde des villes historiques adoptée par l'Icomos en 1987 fait référence à la recommandation de l'Unesco concernant la sauvegarde des ensembles historiques ou traditionnels et leur rôle dans la vie contemporaine de 1976.

On va voir quelle est la portée juridique de ces documents dans la section suivante.

La conséquence à mettre en lumière est que lorsqu'un Etat prend en compte, d'une manière ou d'une autre, un seul ou quelques uns de ces textes, il prend également en compte de nombreux autres textes. Même s'il n'en tire pas tout l'ensemble, il tire à lui de vastes trames du tissu des recommandations.

## **Section 2 Les prétentions normatives des instances internationales en matière de biens culturels**

Etudions la situation des textes de nature non conventionnelle adoptés dans le domaine des biens culturels par les instances internationales, vis-à-vis des deux droits internes étudiés. *A priori*, ces textes n'ont pas force juridique ou une force juridique minime (§ 1). Toutefois, ces textes prétendent exercer une certaine influence car, pour dire les choses rapidement, ils interviennent en général là où l'Etat n'intervient pas, en particulier dans ce vaste espace infra normatif laissé vacant par les lois nationales et leurs critères très larges qu'on a déjà évoqué (§ 2).

### ***§ 1 L'absence formelle d'effets juridiques des documents adoptés par les instances internationales***

Il est aisé de classer les documents internationaux concernant les biens culturels en fonction de leurs effets juridiques. D'un point de vue strictement formel on distingue d'une part les recommandations des organisations internationales (Unesco et Conseil de l'Europe) dont les effets juridiques sont faibles (A.), et d'autre part les textes des organisations internationales non gouvernementales et des réseaux de recherche dont les effets juridiques sont inexistantes (B.).

#### **A. Les recommandations des organisations gouvernementales**

##### **1) Les recommandations des organisations internationales gouvernementales en général**

Les recommandations des organisations internationales gouvernementales sont dénuées de force obligatoire. Ce ne sont que des invitations, des incitations. « *Les Etats membres que les recommandations concernent ont toute latitude de ne pas les suivre, ils ne manquent pas à leurs obligations en ne s'y conformant pas* »<sup>12</sup>. Cette position classique a notamment été défendue par H. Kelsen. Néanmoins on peut estimer que ces actes bénéficient d'une certaine force qui tient à ce qu'ils découlent des chartes ou statuts constitutifs des organisations internationales, eux mêmes obligatoires pour les Etats membres. A ce titre, les Etats membres doivent examiner les recommandations de bonne foi et s'ils ne s'y conforment pas, ils doivent exposer les motifs de leur refus<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 1986, Montchrestien, 145.

<sup>13</sup> COMBACAU (J.), SUR (S.), *id.* VIRALLY (M.), "La valeur juridique des recommandations des organisations internationales", *AFDI*, 1958, 341-360.

## 2) Les recommandations de l'Unesco

Les recommandations adressées par l'Unesco à ses Etats membres, dont le régime est prévu par le Règlement relatif aux recommandations aux Etats membres (article IV § 4 de l'Acte constitutif), sont des instruments par lesquels « *la Conférence générale formule les principes directeurs et les normes destinées à réglementer internationalement une question et invite les Etats membres à adopter sous forme de loi nationale ou autrement, suivant les particularités des questions traitées et les dispositions constitutionnelles respectives des différents Etats, des mesures en vue de donner effet dans les territoires sous leur juridiction aux principes et normes formulés* » (articles 1.b) Il s'agit donc de normes non sujettes à ratification, mais que les Etats sont invités à appliquer. Emanant de l'organe suprême de l'Organisation et bénéficiant par là d'une grande autorité, les recommandations tendent à influencer le développement des législations et des pratiques nationales.

Même si les recommandations de la conférence générale ne sont pas sujettes à ratification, le simple fait de leur adoption entraîne des obligations y compris pour ceux des Etats membres qui n'auraient pas voté en faveur de la recommandation et qui ne l'approuveraient pas. C'est ce qui ressort de l'article VIII de l'Acte constitutif et de l'article IV §4 : « *chacun des Etats membres soumettra les recommandations ou conventions aux autorités nationales compétentes, dans le délai d'un an à partir de la session de la conférence générale au cours de laquelle elles auront été adoptées* ». La conférence générale précisait à cet égard, lors de sa 12<sup>e</sup> session « *La conférence générale croit devoir rappeler la distinction qu'il convient de faire entre l'obligation relative à la soumission aux autorités nationales compétentes, d'une part, et la ratification d'une convention ou l'acceptation d'une recommandation, d'autre part. La soumission aux autorités nationales compétentes n'implique pas en effet que les conventions doivent être nécessairement ratifiées ou que les recommandations doivent être intégralement acceptées. Par contre, l'obligation de soumettre aux autorités nationales compétentes s'impose dans tous les cas aussi bien en ce concerne les recommandations que les conventions et alors même que les mesures de ratification ou d'acceptation ne seraient pas envisagées dans un cas particulier* ». En outre le chapitre VI du règlement sur les recommandations et les conventions prévoit que « *Les Etats membres présenteront à la conférence générale des rapports spéciaux relativement à la suite donnée par eux aux diverses conventions ou recommandations adoptées par la conférence générale* » (article 16).



### 3) Les recommandations du Conseil de l'Europe

Selon l'article 15 b des Statuts du Conseil de l'Europe « *(L)es conclusions du Comité des Ministres peuvent, s'il y a lieu, revêtir la forme de recommandations aux gouvernements. Le Comité peut inviter ceux-ci à lui faire connaître la suite donnée par eux aux dites recommandations* ». Les recommandations sont adoptées à l'unanimité des membres du Comité des ministres (article 20 des statuts de 1949). Les résolutions du Conseil de l'Europe proviennent soit de recommandations de l'Assemblée parlementaire, soit de recommandations du Comité des pouvoirs locaux et régionaux en Europe, soit de la propre initiative du Comité des ministres.

### B. Les textes des organisations non gouvernementales et des réseaux de recherche

Les textes produits par les organisations non gouvernementales et par les réseaux n'ont aucune valeur juridique. Il ne peuvent pas même prétendre à être examinés de bonne foi par les Etats et encore moins à ce que ceux-ci se justifient de leur refus de s'y conformer.

## § 2 Les prétentions juridiques des textes adoptés par les instances internationales

A notre avis, les textes non conventionnels des organisations gouvernementales et tous les textes des organisations non gouvernementales et des réseaux de recherche peuvent avoir certains effets juridiques.

On écarte volontairement ici les cas dans lesquels un texte à l'origine privé d'effets juridiques en acquiert en changeant de statut à la suite d'une plus grande 'sensibilité' internationale <sup>14</sup>.

En dehors de ces cas on distingue trois situations. La première est celle, déjà rencontrée, où des textes définissent des notions utilisées mais non définies par les lois nationales (A.). La seconde situation est celle qui voit certains textes internationaux exercer de plus en plus d'influence et de poids sur les droits internes sans pour autant qu'une capacité normative leur soit reconnue (B.). On abordera ensuite le cas particulier des standards techniques (C.).

---

<sup>14</sup> A titre d'exemple d'un tel 'passage', la recommandation de l'Unesco du 19 novembre 1968 concernant la préservation des biens culturels mis en péril par les travaux publics ou privés, la recommandation n°R (89) 5 du Conseil de l'Europe et la charte Icomos, demandaient que les Etats membres inscrivent dans leur droit la mise des travaux d'archéologie préventive à la charge des responsables des projets de construction qui les rendaient nécessaires. Ce souhait est devenu une obligation pour les Etats qui adhèrent à la convention du conseil de l'Europe pour la protection du patrimoine archéologique dite de Malte (1992). L'obligation de financement y figure à l'article 6 paragraphe ii.

## A. La définition internationale de notions indéterminées utilisées par les lois nationales : l'exemple de la conservation et de la restauration des biens culturels

On a vu aux chapitres 1 et 2 que les lois nationales aussi bien italiennes que françaises employaient souvent des notions qu'elles ne définissaient pas: monument, musée, conservation, restauration ... L'absence de définition dans les lois françaises, et, dans une moindre mesure, dans les lois italiennes a des avantages en terme de souplesse et d'adaptation. Cette souplesse et cette adaptation n'étaient prévues qu'au bénéfice de la seule administration chargée de mettre en œuvre les lois. Mais dans l'espace normatif vierge que dessine l'absence de définition, l'évolution de la matière a fait apparaître d'autres interprètes. A la différence des lois nationales, les textes internationaux non contraignants adoptés par les organisations internationales (gouvernementales ou non) se sont attachés à proposer des définitions. L'Icom, à l'article 2 alinéa 1 de ses statuts définit ce qu'est, selon lui, un musée <sup>15</sup>. L'Icomos à l'article 3 de ses statuts définit ce qu'est, selon lui, un monument <sup>16</sup>. On n'étudiera qu'un seul exemple, celui des définitions des notions de conservation et de restauration.

### 1) La conservation et la restauration dans la Charte de Venise

La charte de Venise est sans doute le texte le plus célèbre adopté par l'Icomos. Son existence est assez largement connue en dehors du cercle des spécialistes. Elle a été adoptée sous le nom officiel de Charte internationale sur la conservation et la restauration des monuments et des sites par le II<sup>e</sup> congrès international des architectes et des techniciens des monuments historiques à Venise en 1964 puis par l'Icomos en 1965.

#### a) Le contenu de la Charte de Venise

La Charte de Venise est « *un document réactionnel* » <sup>17</sup>. Il est contemporain du phénomène de très forte urbanisation qui a suivi la reconstruction de l'Europe après la seconde guerre mondiale et des politiques de rénovation des centres anciens. L'apport neuf de la charte de Venise, trop souvent considérée comme radicalement innovante, consiste

---

<sup>15</sup> « Le musée est une institution permanente, sans but lucratif, au service de la société et de son développement, ouverte au public et qui fait des recherches concernant les témoins matériels de l'homme et de son environnement, acquiert ceux-là, les conserve, les communique et notamment les expose à des fins d'études, d'éducation et de délectation » (rédaction de 2001).

<sup>16</sup> « Aux fins des présents statuts, (est) considéré : comme "monument" : toute construction (avec ses abords et les biens immeubles par nature ou par destination et les biens meubles qui y sont attachés) qui se distingue par son intérêt historique, architectural, artistique, scientifique ou ethnologique. Sont compris dans cette définition les œuvres de sculpture ou de peinture monumentales, les éléments et structures de caractère archéologique, les inscriptions, les grottes et les groupes composés par des éléments appartenant aux précédentes catégories » (rédaction de 1978).

<sup>17</sup> CHOAY (F.), "L'environnement du monument", in *Les monuments historiques demain*. Actes des colloques de la Direction du Patrimoine. La Salpêtrière, Paris, novembre 1984, Ministère de la culture et de la communication, 1987, 197-199, 199.

essentiellement en deux éléments. Premièrement, la préservation est revendiquée et affirmée comme une discipline en soi (« *la conservation et la restauration des monuments constituent une discipline* », article 2). Deuxièmement, les ensembles anciens sont pour la première fois pensés en fonction de leur valeur sociale et économique et non plus seulement en termes esthétiques.

La charte de Venise n'apparaît pas *ex nihilo* dans le paysage international de la conservation. Elle est l'héritière de la première Conférence Internationale sur la conservation des monuments historiques qui eut lieu à Athènes en 1931 sous les auspices de la SDN et de l'ancêtre de l'Icom<sup>18</sup>. La conférence d'Athènes aborda pour la première fois, grâce aux interventions des délégués italiens G. Giovannoni et G. Nicodemi, les questions de la conservation intégrale d'ensembles (et non plus uniquement de monuments) et de l'architecture et de l'urbanisme d'accompagnement des autres monuments.

Formellement, c'est un texte bref et dense qui tire sa force d'un style précis et de formules claires comme « *la conservation des monuments impose d'abord la permanence de leur entretien* » (article 4) ou comme « *la restauration s'arrête où commence l'hypothèse* » (article 9). La charte énonce des principes. Les plus célèbres sont la primauté de l'entretien régulier des monuments sur la restauration (qui est exprimée par l'article 4) et une définition stricte de la notion de restauration « *la Charte internationale de Venise, rédigée par l'Icomos, (...) tente d'explicitier pragmatiquement la restauration scientifique moderne* »<sup>19</sup>. Une frontière très nette est tracée entre restauration et création. Si l'état du passé en fonction duquel on entend restaurer un monument ne peut être documenté (c'est-à-dire retrouvé) le travail de restauration céderait alors la place à un travail de construction ou de création (ce qui est exprimé par l'article 9). Les interventions de restauration doivent en outre être lisibles et réversibles. Enfin la charte dégage un principe de « *l'affectation (du monument) à une fonction utile à la société* » souhaitable pour autant qu'elle n'altère pas les monuments.

#### b) L'impact de la Charte de Venise

M. Parent, président de l'Icomos-France et commissaire général du premier grand colloque consacré aux biens culturels en France en 1984, rappelait que : « *deux textes fondamentaux me paraissent jalonner de la façon la plus significative des choix théoriques et*

---

<sup>18</sup> Cette réunion ne doit pas être confondue avec celle, également tenue à Athènes mais en 1933, qui rassemblait les Congrès internationaux de l'Architecture Moderne (CIAM) et qui fut à l'origine d'un autre document célèbre, la Charte d'Athènes, charte d'urbanisme inspirée si ce n'est directement rédigée par l'architecte Le Corbusier, voir LE CORBUSIER, *La charte d'Athènes*, [1942, 1957], 1994, Seuil, Points Essais, 189.

<sup>19</sup> PARENT (M.), "Discours inaugural", in *Les monuments historiques demain*, op. cit., 9-12, 10.

*doctrinaux de la conservation et de la restauration du patrimoine architectural depuis qu'en France (...) la défense de ce patrimoine devint un objet de la responsabilité publique »* <sup>20</sup>. Le premier texte est l'article "Restauration" du tome VIII du *Dictionnaire raisonné de l'Architecture française du XI au XVI<sup>e</sup> siècle* (publié à partir de 1858) de Viollet-le-Duc. Le second, « nous n'hésiterons pas à affirmer que c'est la Charte de Venise (...) autour duquel s'est précisément constituée la communauté professionnelle mondiale dans ce domaine de la conservation et de la restauration du patrimoine architectural de l'Icomos » <sup>21</sup>. Viollet-le-Duc et ses successeurs avaient rapproché le champ de la création de celui de la restauration. La Charte les éloigne.

L'impact de la charte de Venise est celui d'une doctrine au sens définie par M. Parent : « La théorie est une hypothèse de cohérence résultant de l'analyse et confirmée par l'expérience. La doctrine est, précisément ici, un corps de recommandations : c'est une éthique plus ou moins issue de la théorie et qui n'a pas pour effet de la contrôler mais de la faire exister. La pratique a souvent été infidèle à la doctrine en la caricaturant à son tour. Mais il est clair que c'est à travers son usage ou son mésusage que la doctrine est jugée. Moralisatrice, la doctrine n'échappe pas à un jugement moral porté par ses enfants, même non voulus » <sup>22</sup>. Le choix de la charte de faire de l'entretien la règle et de la restauration l'exception est en totale opposition avec la doctrine officielle française des années 1960 exprimée par A. Malraux, alors ministre des affaires culturelles, qui demandait la restauration de « cinquante monuments pour mille ans » et que les lois de programme de 1962 et de 1967, déjà évoquées, mettaient en œuvre. Les dizaines de millions de francs prévus par ces lois ne furent affectés qu'à seulement huit monuments : le Louvre, Versailles, Fontainebleau, Les Invalides, Notre-Dame, la cathédrale de Reims, celle de Strasbourg et l'abbaye de Fontevrault. La charte ne sera sans doute pas étrangère au changement (limité) qu'entama l'administration dans les années 1970 en préférant « mille monuments pour cinquante ans » à cinquante monuments pour mille ans.

La Charte a sans doute eu moins d'impact en Italie car ses principes y sont déjà connus et appliqués depuis longtemps. La recherche théorique et pratique est très poussée. Dans le domaine de la conservation et de la restauration C. Brandi, auteur en 1963 d'une *Théorie de la*

---

<sup>20</sup> PARENT (M.), "Problématique de la conservation et de la restauration. De la théorie aux faits. Portée nationale et internationale", *Les monuments historiques demain*, op.cit., 271-274, 271.

<sup>21</sup> *Ibid*, 272.

<sup>22</sup> *Ibid*, 273.

restauration <sup>23</sup> et les équipes de l'Institut central de la restauration qu'il dirige sont à la pointe mondiale des travaux. Dans le domaine de la protection des ensembles urbains l'architecte G. Giovannoni a publié dès 1931 l'ouvrage *Vecchie città ed edilizia nuova*, dont les méthodes présentées en matière d'adaptation des villes anciennes aux exigences modernes n'ont vraisemblablement pas été dépassées <sup>24</sup>.

## 2) La « conservation intégrée » promue par le Conseil de l'Europe

### a) Contenu

Peu de temps après la parution de la Charte de Venise, le Conseil de l'Europe va lui aussi se lancer dans une tentative de définition de la conservation. Mais son approche est différente. Il ne s'agit pas tant pour lui de dire comment la conservation doit être effectuée, pour cela il renvoie à la Charte, que de dire dans quel cadre elle doit être faite. Le souci d'une conservation dite intégrée commence à se manifester dans deux recommandations du Comité des ministres aux Etats membres datant de la fin des années 1960 <sup>25</sup>. Mais c'est avec la résolution du 26 septembre 1975 dite Charte du patrimoine architectural que la notion de conservation intégrée reçoit des contours plus précis. Négativement la conservation intégrée est une approche réactionnelle face au dynamisme des Trente glorieuses. « *La sauvegarde et la mise en valeur du patrimoine architectural constituent alors un correctif à certains dérapages de l'expansion économique. Des professionnels novateurs, essentiellement des architectes et des urbanistes, élaborent des principes de "conservation intégrée" répondant à un impératif de qualité de vie et à la préoccupation qui se fait jour d'un développement durable* » <sup>26</sup>. Positivement, la conservation intégrée ce sont trois choses : l'intégration de la conservation dans l'urbanisme, la préservation des ensembles historiques, l'insertion du patrimoine dans la vie économique et sociale.

La Charte européenne du patrimoine architectural se présente sous forme de dix principes exposés, chacun de manière synthétique, en une ou deux courtes phrases. Un bref

---

<sup>23</sup> Mais la *Teoria del restauro* est une anthologie de textes antérieurs. Par exemple l'article "Il fondamento teorico del restauro" date de 1950, *Bolletino dell'Istituto Centrale del Restauro*, 1950, n.1, 5-12.

<sup>24</sup> GIOVANNONI (G.) *L'urbanisme face aux villes anciennes*, [Turin, 1931], trad. J.M. Mandioso, A. Petita, C. Tandille, introduction de F. Choay, Points Seuil, 1998, 349.

<sup>25</sup> La résolution 66 (20) du 29 mars 1966 concernant la réanimation des monuments et la résolution 68 (12) du 3 mai 1968 relative à la conservation active des sites, monuments et ensembles d'intérêt historique ou artistique dans le cadre de l'aménagement du territoire. Dans cette dernière, le Comité des ministres recommandait aux gouvernements des Etats membres « d'engager dans chaque pays membre du Conseil, et dès le début de la conception des plans, des études concertées de toutes les disciplines intéressées en vue d'intégrer la défense et la mise en valeur des sites et ensembles d'intérêt historique ou artistique dans la planification aux niveaux national, régional ou local » et « de prendre les mesures nécessaires pour que les grands travaux publics ou privés ne puissent être conçus et entrepris que dans le souci de respecter les sites et ensembles d'intérêt historique ou artistique ».

<sup>26</sup> THEROND (D.), "Grande Europe : les gageures du patrimoine", *Le Débat*, n°78, 1994, 155-167, 155.

commentaire accompagne chaque principe. Les cinq premiers principes rappellent l'importance du patrimoine architectural, son rôle dans la société « *L'incarnation du passé dans le patrimoine architectural constitue un environnement indispensable à l'équilibre et à l'épanouissement de l'homme* » (principe n°2). Le sixième principe constate que ce patrimoine est en danger. « *Il est menacé par l'ignorance, par la vétusté, par la dégradation sous toutes ses formes, par l'abandon. Un certain urbanisme est destructeur lorsque les autorités sont exagérément sensibles aux pressions économiques et aux exigences de la circulation. La technologie contemporaine, mal appliquée, abîme les structures anciennes. Les restaurations abusives sont néfastes. Enfin et surtout, la spéculation foncière et immobilière tire parti du tout et annihile les meilleurs plans* ». La conservation intégrée est ensuite présentée comme un moyen d'écarter les menaces qui pèsent sur le patrimoine (septième principe). « *La conservation intégrée est le résultat de l'action conjuguée des techniques de la restauration et de la recherche de fonctions appropriées. L'évolution historique a conduit les cœurs dégradés des villes et, à l'occasion, les villages abandonnés, à devenir des réserves de logements bon marché. Leur restauration doit être menée dans un esprit de justice sociale et ne doit pas s'accompagner de l'exode de tous les habitants de condition modeste. La conservation intégrée doit être de ce fait un des préalables des planifications urbaines et régionales.* ». Le huitième principe passe en revue les moyens nécessaires à la mise en œuvre de la conservation intégrée. Ils sont de nature juridique, administrative, financière et technique <sup>27</sup>. Les deux derniers principes rappellent que « *le patrimoine architectural est le bien commun de notre continent* » et que « *le concours de tous est indispensable à La réussite de la conservation intégrée* ».

La notion de conservation intégrée a fait par la suite l'objet de deux approfondissements, l'un de la part des spécialistes réunis dans un Congrès du patrimoine architectural européen à Amsterdam dans un document intitulé *Déclaration d'Amsterdam* et rendu public le 25 octobre 1975, l'autre de la part du Comité des ministres dans une résolution du 14 avril 1976 sur l'adaptation des systèmes législatifs et réglementaires aux exigences de la conservation intégrée du patrimoine architectural dans laquelle le Conseil de

---

<sup>27</sup> Moyens juridiques : la conservation intégrée doit utiliser toutes les lois et règlements existants qui peuvent concourir à la sauvegarde et à la protection du patrimoine quelle que soit leur origine. Quand ces dispositions ne permettent pas d'atteindre le but cherché, il convient de les compléter et de créer les instruments juridiques indispensables aux niveaux appropriés : national, régional et local. Moyens administratifs : l'application d'une telle politique exige la mise en place de structures administratives adéquates et suffisamment étoffées. Moyens financiers : le maintien et la restauration des éléments du patrimoine architectural doivent pouvoir bénéficier, le cas échéant, de toutes aides et incitations financières nécessaires, y compris les moyens fiscaux. Il est essentiel que les moyens financiers consacrés par les pouvoirs publics à la restauration des quartiers anciens, soient au moins égaux à ceux qui sont réservés à la construction neuve. Moyens techniques : Les architectes, les techniciens de toutes sortes, les entreprises spécialisées, les artisans qualifiés susceptibles de mener à bien les restaurations sont en nombre insuffisant. Il importe de développer la formation et l'emploi des cadres et de la main-d'œuvre, d'inviter les industries du bâtiment à s'adapter à ces besoins et de favoriser le développement d'un artisanat menacé de disparition.

l'Europe propose les mesures « *plus que jamais nécessaires pour juguler l'aggravation des menaces qui pèsent sur le patrimoine architectural, pour réduire les atteintes dont il est victime et pour combler le déséquilibre croissant entre les périls à conjurer et les moyens mis en œuvre pour y faire face* ». Dans ce but, le Comité des ministres « *recommande aux gouvernements de promouvoir et accélérer l'adaptation des systèmes législatifs et réglementaires nationaux en tenant compte des définitions, des principes et des mesures exposés ci-dessous* ».

La notion de conservation intégrée n'a pas seulement été appliquée à la protection du patrimoine architectural. Le Conseil de l'Europe l'a étendue à la protection des ensembles historiques composés de biens immeubles et de biens meubles et à celle des « sites culturels »  
28.

#### b) L'impact de la notion de conservation intégrée

Du point de vue du droit et non pas du point de vue de la protection, ce qui fait l'intérêt de la notion de conservation intégrée, c'est qu'elle a bénéficié de deux statuts juridiques différents. Pendant les dix ans qui ont suivi la publication de la Charte européenne du patrimoine architectural, la conservation intégrée n'avait pas d'autre portée juridique que celle de la résolution du comité des ministres par laquelle elle avait été adoptée, c'est-à-dire peu. Mais, toujours d'un point de vue formel, la conservation intégrée a acquis une portée juridique toute autre lorsqu'elle a été placée au cœur de deux conventions internationales adoptées par le Conseil de l'Europe : la convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe du 3 octobre 1985 dite convention de Grenade et la convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée) du 16 janvier 1992 dite convention de Malte. Ces deux conventions sont en vigueur. La France a ratifié les deux ; l'Italie n'a ratifié que la convention de Grenade. Quatre articles de la convention de Grenade sont consacrés à la conservation intégrée du patrimoine architectural (articles 10 à 13) et la première phrase de l'article 10 est ainsi rédigée « *chaque partie s'engage à adopter des politiques de conservation intégrée (...)* ». Quatre articles de la convention de Malte sont également consacrés à la conservation intégrée du patrimoine archéologique (articles 5, 11, 12 et 13). La question qui se pose dès lors du point de vue juridique est de savoir si la notion de conservation intégrée qui apparaît dans les deux conventions doit être interprétée en priorité

---

28 Recommandation n° r (98) 4 relative aux mesures susceptibles de favoriser la conservation intégrée des ensembles historiques composés de biens immeubles et de biens meubles et recommandation n° r (95) 9 du 11 septembre 1995 relative à la conservation des sites culturels intégrée aux politiques du paysage.

en fonction des principes qui ont été précisément détaillés dans les deux résolutions du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, la Charte de 1975 et la résolution de 1976, textes sans portée juridique. Le Conseil de l'Europe a répondu de manière positive à cette question. Dans le *Rapport explicatif* sur la convention de Grenade le Conseil n'hésite pas à opérer un renvoi explicite aux résolutions antérieures « *Les 5 paragraphes de l'article (10) traduisent les principes de la conservation intégrée du patrimoine élaborés au cours des travaux antérieurs du Conseil de l'Europe* »<sup>29</sup>. A propos de l'article 11, le *Rapport explicatif* va encore plus loin. Il ne fait même plus référence aux « *travaux antérieurs du Conseil de l'Europe* » mais directement à la Charte de Venise de l'Icomos. « *Cet article pose le principe de l'utilisation du patrimoine comme facteur de son entretien. L'esprit du texte serait à rapprocher de l'article 5 de la charte de Venise (Icomos, 1964)* ». Ce renvoi est, par ailleurs, un exemple supplémentaire de la réalité des liens que les règles internationales en matière de biens culturels ont tissés entre elles.

Sans vouloir dresser des parallèles hasardeux entre ordres juridiques internationaux et en prenant bien soin de raisonner *toutes choses égales par ailleurs*, on pourrait, par analogie, faire référence à la décision Grimaldi de la Cour de Justice de la Communauté Européenne du 13 février (ou décembre) 1989 n°322/88 qui considère que « *les juges nationaux doivent tenir compte des recommandations émises par les institutions communautaires afin d'interpréter des normes nationales ou d'autres actes communautaires obligatoires* ».

### 3) La nouvelle approche de la conservation et de la restauration dans la Charte de Cracovie 2000

Il a déjà été fait référence à la charte de Cracovie 2000 *Principes pour la conservation et la restauration du patrimoine construit* qui a été le fruit d'un long travail, financé par la Communauté européenne dans le cadre du programme Raphaël, de mise à jour de la charte de Venise<sup>30</sup>. La Charte de Cracovie élargit encore l'objet de la protection en considérant comme *patrimoine construit* le patrimoine archéologique, les monuments et les édifices historiques, les décorations architecturales, les sculptures et les oeuvres artistiques strictement liées au patrimoine construit, les villes et villages historiques et le paysage en tant que « *résultat de l'interaction entre homme, nature et milieu physique* ». Quant au régime de la protection, la charte demande que soient bien distinguées les différentes strates historiques de

---

<sup>29</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif sur la Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe*, Strasbourg, 1986, 15.

<sup>30</sup> Publié dans *Il Giornale dell'Arte*, N.195, Gennaio 2001, 23.



chaque élément du patrimoine (chacune étant porteuse d'identité et de valeurs propres) et d'envisager la conservation de chacune en fonction de critères qui leur soient propres <sup>31</sup>. C'est surtout par cette approche plurielle du monument que la Charte de Cracovie se différencie de la Charte de Venise pour laquelle le monument est un. Pour l'instant on ne dispose pas du recul nécessaire pour évaluer l'impact de ces nouvelles approches de la conservation et de la restauration sur les pratiques nationales.

## **B. Les tentatives de créations normatives tout court : l'exemple du statut des professions techniques liées aux biens culturels**

A partir des années 1980 les organisations internationales non gouvernementales qui opèrent dans le domaine des biens culturels ont produit des textes relatifs au statut, à l'organisation et à la déontologie des professions techniques liées aux biens culturels. Le 4 novembre 1986, à Buenos Aires, la 15<sup>e</sup> Assemblée générale de l'Icom a adopté un *Code de déontologie professionnelle* ayant vocation à s'appliquer à toutes les professions muséales <sup>32</sup>. Mais c'est à propos de la profession de conservateur-restaurateur que les organisations non gouvernementales ont été plus actives et que la "pression" a été la plus forte : cinq textes ont été adoptés en moins de vingt ans. Ce sont sur ces derniers que nous allons nous pencher. Après les avoir rapidement présentés (1) nous nous attacherons à étudier leur impact sur les droits nationaux français et italien (2).

### **1) L'apparition de nombreux textes internationaux relatifs au statut des conservateurs-restaurateurs**

La raison pour laquelle autant de textes internationaux relatifs au statut des conservateurs-restaurateurs ont été adoptés (avec une fréquence de plus en plus élevée) réside principalement dans le phénomène d'explosion patrimoniale qui voit le jour à partir des années 1970. Selon P. Philippot, un des anciens responsables de l'Icrom, le Centre international pour la conservation et la restauration établi à Rome, « *l'intérêt croissant pour le patrimoine culturel et pour la restauration a précocement suscité une demande toujours plus pressante d'interventions, bien avant que puisse être pensée et rendue opératoire une organisation suffisamment qualifiée pour faire face de manière efficace à ce véritable débordement. Alors que la notion de patrimoine culturel s'élargissait rapidement en s'étendant aux ensembles historiques et aux produits artisanaux et populaires, la restauration*

---

<sup>31</sup> Pour un exemple classique, une église peut être à la fois romane et gothique, ou gothique et baroque, etc.

<sup>32</sup> La version italienne de ce Code a été publiée au *Giornale dell'Arte*, n.168, juillet-août 1998.

qui à l'origine était confinée dans des milieux spécialisés, se transformait en une mode pour le grand public qui en général n'était pas préparé à en comprendre les termes spécifiques et les exigences de rigueur »<sup>33</sup>. Les associations internationales de spécialistes ont donc tenté de faire reconnaître que les travaux de restauration ne pouvaient être assurés que par des spécialistes de haut niveau capables à la fois de comprendre les objets ou les biens qui leur étaient confiés dans toutes leurs dimensions (historique, esthétique, identitaire, ...) et de maîtriser les techniques d'intervention les plus sophistiquées. Là encore l'Icom a donné le coup d'envoi. Lors de son assemblée générale de 1984 à Copenhague, il a jeté les bases de la profession en adoptant un document intitulé *The Conservator-Restorer, a Definition of the Profession*<sup>34</sup>. Mais c'est une autre organisation non gouvernementale, l'ECCO, *European Confederation of Conservator-Restorer's Organization*, la Confédération européenne des conservateurs-restaurateurs, qui adopta lors de son assemblée générale du 11 juin 1993 à Bruxelles des *Professional Guidelines* de la profession, document considéré depuis lors comme le plus complet. Les *Guidelines* se divisent en trois parties. La première est consacrée à la définition de la profession et en particulier à son rôle. La seconde est un code d'éthique en 25 articles regroupés en quatre chapitres (Principes généraux d'application du code, obligations envers les biens culturels, obligations envers le propriétaire ou le responsable juridique, obligations envers les confrères et l'ensemble de la profession). La troisième traite de la formation en détaillant les conditions requises pour l'enseignement de la conservation-restauration (*Basic Requirements for Education in Conservation-Restoration*). Par la suite ce texte a servi de référence pour d'autres documents internationaux : les *Guidelines for Education and Training in the Conservation of Monuments Ensembles and Sites* que l'Icomos a adoptés en 1993, le *Document de Pavie* adopté le 22 octobre 1997 par une cinquantaine d'experts réunis à titre individuel à l'initiative d'une organisation non gouvernementale italienne, l'Associazione Giovanni Secco Suardo et dont le sous-titre est *Protection du patrimoine culturel : vers un profil européen du restaurateur de biens culturels* et le *Document de Vienne* adopté par des spécialistes, également réunis à titre individuel, le 1<sup>er</sup> décembre 1998 sous le nom de *Framework of Competence for Conservator-restorers in Europe*.

---

<sup>33</sup> PHILIPPOT (P.), "Per uno statuto del restauro", *Il Sole-24 Ore*, 2 novembre 1997, n.300, 32.

<sup>34</sup> "Le conservateur-restaurateur : une définition de la profession", *Nouvelles de l'Icom*, vol. 39, n°1, 1986.

## 2) L'impact de ces textes en France et en Italie

### a) L'impact de ces textes en France

C'est à partir du début des années 1990 que les associations professionnelles se fédèrent afin de s'opposer aux projets de la direction des musées de France visant à soumettre l'ensemble des restaurateurs travaillant pour les musées de l'Etat ou pour des musées contrôlés par l'Etat à un mécanisme d'habilitation. L'habilitation, déjà exigée pour les restaurateurs des peintures du musée du Louvre, consiste en l'inscription sur une liste, dressée par spécialité, des professionnels reconnus aptes à exécuter des travaux de restauration pour le compte des musées contrôlés par l'Etat. La liste, soumise à l'avis de spécialistes appartenant à l'administration des musées, est révisée tous les ans. Du point de vue juridique le mécanisme de l'habilitation confère un large pouvoir discrétionnaire à l'administration puisque cette dernière n'est pas liée par des critères plus précis que ceux de l'intérêt général ou de la bonne marche du service. Du point de vue professionnel l'habilitation ne satisfait pas les spécialistes. Selon eux elle ne garantit pas que les restaurateurs habilités présentent les exigences requises pour affronter la complexité des travaux de restauration <sup>35</sup>. Les associations professionnelles avaient déjà combattu des projets antérieurs d'habilitation <sup>36</sup>. Un système d'habilitation fut néanmoins mis en place en 1990 par une note du directeur des musées de France qui estimait « *nécessaire d'harmoniser et de préciser les conditions dans lesquelles les chefs des services de restauration des musées classés et contrôlés peuvent confier à des restaurateurs non fonctionnaires la restauration d'oeuvres appartenant aux musées nationaux (...)* » <sup>37</sup>. En 1992, sept associations se regroupent pour former la Fédération française des conservateurs-restaurateurs, FFCR, qui réclame la mise en place d'un véritable statut de la profession <sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> La question a été amplement débattue lors du colloque tenue à l'Ecole nationale du patrimoine en décembre 1992 sur le thème de la formation des conservateurs de biens culturels en Europe. Voir les actes, *La formation des conservateurs de biens culturels en Europe*, La Documentation française, 1995.

<sup>36</sup> Un avis du ministre de la culture du 14 avril 1986 instituait un examen sur épreuves en vue de sélectionner des restaurateurs susceptibles d'exécuter des travaux pour le service de restauration des peintures des musées nationaux. A la suite d'un recours de l'Association des restaurateurs d'art et d'archéologie de formation universitaire cette décision a été annulée par le Conseil d'Etat (CE, 26 juillet 1996, *Association des restaurateurs d'art et d'archéologie de formation universitaire*, non publiée) au motif qu'aucun texte ne permettait au ministre de la culture de réglementer la procédure de passation de commandes publiques de travaux de restauration d'oeuvres d'art.

<sup>37</sup> *Bulletin officiel du ministère de la culture*, 8 juin 1990 cité par CHATELAIN (J.), *Droit et administration des musées*, Ecole du Louvre/Documentation française, 1993, 593.

<sup>38</sup> La profession de restaurateur n'existe que très partiellement au sein de la fonction publique. Ce n'est qu'en 1965 qu'un corps très modeste de restaurateurs agents de l'Etat a finalement été créé. Il n'existait en tout cas aucune structure publique spécifiquement chargée de travaux de restauration. Chaque musée classé développa peu à peu son propre service de restauration, qui dans la plupart des cas n'était qu'un service de contrôle de restaurations effectués par des spécialistes privés. En 1992 le ministre de la culture créa deux nouveaux corps, dont celui des chefs de travaux d'art et les techniciens d'art (Décret n°92-260 du 23 mars 1992 portant création du corps des chefs de travaux d'art du ministère chargé de la culture, *JORF*, 24 mars 1992). Mais les travaux d'art évoqués par ce décret sont larges. La restauration n'est qu'un travail d'art parmi d'autres. Les chefs de travaux d'art reçoivent ainsi la « *responsabilité soit des ateliers de restauration ou de production artistique, soit d'équipes chargées de la conservation et de la mise en valeur des parcs et jardins nationaux* » (article 2). La

Pour la fédération, ce statut devrait s'articuler autour de la reconnaissance d'un titre professionnel de conservateur-restaurateur du patrimoine culturel, d'une déontologie de la profession ainsi que de la reconnaissance de la spécificité des prestations en conservation-restauration et de la création dans la fonction publique d'un corps de conservateurs-restaurateurs du patrimoine culturel. Les conditions d'accès au titre professionnel seraient, selon la présidente de la FFCR, la possession de « *diplômes d'Etat reconnus - un mode d'intégration des professionnels non diplômés exerçant avant sa création étant prévu - , (qui) fournirait la garantie d'un haut niveau d'expertise nécessaire à la préservation du patrimoine* »<sup>39</sup>. Quant au code de déontologie, la FFCR souhaite que soit purement et simplement appliqué celui prévu par l'ECCO dans le cadre des *Professional Guidelines* adoptées en 1993.

La FFCR s'opposa au projet de loi sur les musées de 1993-1994 dit projet Toubon, du nom du ministre de la culture de l'époque. Ce projet définissait la profession de conservateur-restaurateur<sup>40</sup>. Mais selon la Fédération, cette définition était très incomplète : aucune formation spécifique n'était requise pour accéder au titre et le champ d'application des compétences n'était pas clairement décrit. Surtout les caractères essentiels de la profession, le respect d'un code de déontologie et la responsabilité des actes n'étaient pas pris en compte. Cette critique jointe à de nombreuses autres contribua à l'abandon du projet.

La Fédération enregistra un début de gain de cause avec la loi n° 2002-5 du 4 janvier 2002 *relative aux musées de France*<sup>41</sup>. Cette loi prévoit en effet que « *Les activités scientifiques des musées de France sont assurées sous la responsabilité de professionnels présentant des qualifications définies par décret en Conseil d'Etat* » (article 6) et que « *Toute restauration d'un bien faisant partie d'une collection d'un musée de France est précédée de la consultation des instances scientifiques (...). Elle est opérée par des spécialistes présentant des qualifications ou une expérience professionnelle définies par décret sous la direction des professionnels mentionnés à l'article 6* » (Article 15). Toute référence au système de l'habilitation a disparu.

Le but ultime de la Fédération est d'organiser la profession en ordre professionnel autour d'un conseil de conservation-restauration, instance professionnelle élue, chargé de

---

restauration est placée sur le même plan que la production ce qui est en contradiction avec la charte de Venise et avec la doctrine professionnelle mise en avant par la FFCR. La plus grande partie des travaux de restauration est confiée à des prestataires de services étrangers à l'administration.

<sup>39</sup> MONIER (V.), *Journal de l'art*, avril 1994.

<sup>40</sup> *Journal de l'Art*, mars 1994, n°1.

<sup>41</sup> *JORF*, n°4, 5 Janvier 2002, 305.

faire respecter le code déontologie. La création d'un ordre professionnel entraînerait un monopole de l'exercice de la restauration au bénéfice aux seuls professionnels répondant aux critères posés. Tout travail de restauration, qu'il porte sur un bien public ou privé, faisant partie la collection d'un musée de France ne pourrait être accompli que par un membre de l'ordre. Mais en France les ordres professionnels ne tiennent que de l'Etat leurs faibles pouvoirs de dire le droit de leur profession. Le pouvoir de faire appliquer les règles de leur profession leur est toujours reconnu mais celui de les élaborer n'est exercé que par l'Etat qui se borne à les consulter sans les associer <sup>42</sup>. Tout ceci est exact du point de vue formel, mais, du point de vue substantiel, les statuts et le code de déontologie de la profession des conservateurs-restaurateurs sont déjà prêts. Et le gouvernement ne pourra pas ne pas tenir compte des *Professional Guidelines* de l'ECCO.

b) L'impact de ces textes en Italie

En Italie la situation de la profession des restaurateurs est assez complexe. Jusqu'en 1978 l'Etat disposait d'un monopole total en matière de formation à cette profession et donc d'un monopole en matière de statut. En dehors des artisans qui pouvaient pratiquer des restaurations mais sans prétendre au titre de restaurateur, il n'existait de restaurateur que dans la fonction publique et on accédait à ces emplois uniquement à la suite d'un concours très sélectif. L'article 12 de la loi n.1240 de 1939 créant l'Institut central de la restauration et son école annexe de restaurateurs, interdit l'ouverture d'école de restauration « *sans l'autorisation du ministère (des biens et des activités culturels) sous le contrôle duquel est placé l'enseignement de la restauration* ». Trois écoles, toutes les trois publiques, ont été autorisées par le ministère : l'Ecole de l'Institut central de la restauration de Rome, l'Ecole de restauration de l'Opificio delle Pietre dure de Florence et l'Ecole de restauration des mosaïques de Ravenne.

En 1978 la loi n.845 de 1978 attribua aux régions une compétence en matière de formation professionnelle, sous le contrôle (lointain) de l'Etat représenté par le ministère du travail, y compris en matière de restauration. Depuis 1978 de nombreuses écoles de restauration ont vu le jour. Certaines ont été instituées directement par les régions sous formes d'établissements publics ou semi-publics, d'autres, créées à l'initiative de personnes privées, ont été autorisées par les régions et parfois même subventionnées. Cette antinomie entre la loi

---

<sup>42</sup> LASCOMBE (M.), "Les ordres professionnels", *AJDA*, 1994, 885.

de 1939 et celle de 1978 a été tolérée pour des raisons tenant à l'emploi. Le marché de la restauration occupait 4000 personnes à plein temps en 1991.

Il résulte de tout cela que les conditions d'accès à ces formations, la durée des études, leur qualité ou même tout simplement leur sérieux relèvent de la plus grande hétérogénéité<sup>43</sup>. Et de la même manière qu'en France, des associations se sont mises en place pour que soit reconnu un statut professionnel passant également par des conditions d'accès (diplômes ou validation d'expérience), la reconnaissance d'un titre et l'organisation de la profession sous forme d'ordre professionnel. L'association Giovanni Secco Suardo (du nom de l'un des plus grands restaurateurs italien du 19<sup>e</sup> siècle qui publia un des premiers manuels italien de restauration en 1866) qui regroupe la plupart des professionnels italiens milite pour l'application directe des textes internationaux et en particulier les *Professional Guidelines* de l'ECCO. Elle a été à l'origine de la réunion d'experts internationaux tenue à Pavie en octobre 1997 qui a donné lieu à la rédaction du document déjà cité *Protection du patrimoine culturel : vers un profil européen du restaurateur de biens culturels*<sup>44</sup>. L'organisation en ordre professionnel est également évoquée. Pas plus qu'en France, les professions ne peuvent spontanément s'organiser en Italie. Mais de la même manière qu'en France l'Etat italien ne pourra pas ne pas prendre en compte les *Professional Guidelines* de l'ECCO s'il décide de réglementer la profession.

### 3) Les revendications auprès de l'Union européenne

Les spécialistes réunis à l'occasion des rencontres de Pavie et de Vienne vraisemblablement conscients des difficultés qu'ils rencontreraient à faire admettre, par les Etats dont ils relèvent, le code de déontologie professionnelle établi par l'ECCO en 1993 et plus généralement l'ensemble des règles que les organisations non gouvernementales estiment nécessaires à la profession de conservateur-restaurateur, ont tenté de mobiliser la Communauté européenne afin que la profession soit directement organisée au niveau européen. Le *Document de Pavie* de 1997 est très clair à cet égard. On y lit que « *les experts issus des professions concernées par la conservation-restauration du patrimoine culturel réunis à Pavie en 1997, recommandent que sur la base du document rédigé par les professionnels ECCO (...), l'Union européenne encourage les actions suivantes : (...)* 4. *La définition au niveau européen de l'ensemble des compétences professionnelles spécifiques du*

---

<sup>43</sup> La situation est régulièrement dénoncée. Par exemple, ZANARDI (B.) "Per quanto ancora todos restauradores ?", *Il Sole - 24 Ore*, 20 juillet 1997, 32

<sup>44</sup> BONSANTI (G.), "Passi importanti verso una professione europea", *Il Giornale dell'Arte*, n.161, dicembre 1997, 66.

*conservateur-restaurateur* ». Le document se termine en outre sur le paragraphe suivant « *Les experts souhaitent que les Directions générales de l'Union européenne accordent une importance prioritaire à la traduction de ces recommandations en des actions concrètes et coordonnées* ». De leur côté les participants à la rencontre de Vienne « *recommandent fortement à la commission européenne et à toute autre autorité concernée d'encourager toutes les initiatives allant dans le sens d'une définition européenne des compétences professionnelles des conservateurs restaurateurs* ».

Il n'est pas dit que la Communauté, du moins la commission, n'éprouve pas un certain intérêt pour ces initiatives. Les rencontres de Pavie et de Vienne ont d'ailleurs bénéficié d'une contribution financière européenne au titre du Programme Raphaël. Cependant, les compétences en matière de formation professionnelle dont la Communauté dispose depuis le traité de Maastricht (article 150 ex 127 TCE) ne lui permettent vraisemblablement pas, pour l'instant du moins, de passer outre la lenteur avec laquelle les Etats membres organisent la profession. Cela pour trois raisons. Premièrement, elle ne peut « *(qu')appuyer et compléter les actions des Etats membres, tout en respectant pleinement la responsabilité des Etats membres pour le contenu et l'organisation de la formation professionnelle* », cela afin de réaliser des objectifs assez précisément définis comme l'adaptation aux mutations industrielles, (...) l'amélioration de l'insertion et la réinsertion professionnelle sur le marché du travail, etc. Parmi ces objectifs, seul celui relatif au « *développement de l'échange d'informations et d'expériences sur les questions communes aux systèmes de formation des Etats membres* » pourrait servir de fondement (étroit) à une action communautaire. Deuxièmement, dans le domaine de la formation professionnelle toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres est exclue. Troisièmement, la profession de restaurateur ne fait pas partie de celles dont l'accès est conditionné par la possession d'un diplôme ou d'une formation reconnue par les Etats membres sur le fondement de la directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 et de la directive 92/51/CEE du Conseil du 18 juin 1992 <sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Directive 89/48/CEE relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, JOCE, 1989, L. 19, 16 et directive 92/51/CEE relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive 89/48, JOCE, L 209, 25.

### C. Les standards techniques internationaux

Les standards techniques sont différents des standards juridiques, notions auxquelles font parfois référence les lois et (en France) la jurisprudence et qui dessinent, de manière positive comme la *bonne conduite* ou de manière négative comme *l'erreur manifeste d'appréciation* (en droit jurisprudentiel français), le comportement de l'administration ou des particuliers qui est jugé correct dans telle ou telle situation. Les standards techniques, encore appelés normes techniques, sont définis par l'Organisation internationale de normalisation comme étant « *les documents, établis par consensus et approuvés par un organisme reconnu, qui fournissent, pour les usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optima dans un contexte donné* »<sup>46</sup>. Dans le domaine des biens culturels, on observe que les standards techniques sont adoptés soit par des recommandations d'organisation gouvernementales, soit par de simples textes provenant d'organisations non gouvernementales ou de réseaux de recherche<sup>47</sup>. Leur force juridique dépend de ces actes : faible pour les premiers, nulle pour les seconds. Mais leur légitimité technique compense très largement leur absence ou leur quasi-absence de force juridique et S. Cassese a fait remarquer que de nos jours la nécessaire révision du principe de légalité impliquait l'obligation pour l'administration de se conformer non seulement à des normes juridiques mais également à des normes techniques<sup>48</sup>.

De nombreux standards ont été élaborés en matière de biens culturels, en particulier en ce qui concerne les matériaux. On étudiera à titre d'exemple les standards techniques relatifs à un modèle d'inventaire des biens culturels commun aux institutions patrimoniales d'Europe (1) avant de mesurer leur impact sur les droits nationaux (2).

#### 1) Exemple de standards techniques internationaux

En 1995, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation relative à la coordination des méthodes et des systèmes de documentation en matière de monuments historiques et d'édifices du patrimoine architectural<sup>49</sup>. Le Comité des Ministres indiqua qu'une telle recommandation était nécessaire afin d'« *assurer la*

<sup>46</sup> Guide de l'Organisation internationale de normalisation ISO/CEI n°2, NF EN 45020. CHITI (E.), "La normalizzazione" in CASSESE (S.) a cura di, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, T. III, 3067-3098.

<sup>47</sup> D'autres standards sont bien sûr adoptés par des organes nationaux, mais le cas de figure ne nous intéresse que dans la mesure où les normes techniques adoptées nationalement ont un impact international. Si c'est le cas, le régime de ces standards n'est guère éloigné de celui des standards adoptés par les instances internationales.

<sup>48</sup> CASSESE (S.), "Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa", *RTDP*, 1985, 374.

<sup>49</sup> Recommandation n° R (95) 3 du 11 janvier 1995.



*coordination des méthodes et des systèmes de documentation susceptibles de favoriser la communication et l'échange d'informations entre les pays européens* ». Les spécialistes réunis à cet effet (cf. la comitologie propre au Conseil de l'Europe esquissée à la première section de ce chapitre), ont établi un modèle d'inventaire uniforme dit *Fiche d'indexation minimale*. Cette fiche contient 9 rubriques. Les rubriques 1 à 4, sont obligatoires: 1. Nom de l'édifice et références ; 2. Localisation ; 3. Fonction et catégorie architecturale ; 4. Datation. Les autres, 5 à 9, sont facultatives et peuvent donc être ou non remplies suivant la pertinence des informations disponibles et les objectifs poursuivis par chaque organisme ou institution. Le Comité des ministres encourage les Etats à favoriser « *l'adoption par les centres de documentation sur l'architecture de cette fiche minimale d'indexation des données relatives aux monuments et édifices du patrimoine architectural basée sur les définitions contenues dans l'annexe à la présente recommandation* ». Cette fiche « *représente un progrès vers la définition des méthodes et des normes techniques requises pour l'échange de données informatisées* ». C'est un élément d'un langage technique commun.

En matière d'archéologie, une semblable fiche d'indexation minimale a été préparée pour les sites archéologiques par le Conseil de l'Europe et approuvée par plus de 100 représentants de 32 pays lors du colloque intitulé "Le patrimoine archéologique : normes relatives à l'inventaire et à la documentation en Europe" <sup>50</sup>. Cette fiche reprend en partie les critères posés par l'Icom dans un texte de 1992 intitulé *Normes documentaires (archéologie)*.

## 2) L'impact des standards techniques internationaux sur les pratiques nationales

L'impact de ces standards n'est pratiquement pas formalisé. Cela est normal dans la mesure où les standards s'appliquent en quelque sorte en fonction de la seule force de gravité de leur légitimité technique dans des espaces qui n'ont pas été préalablement "normativisés" par l'Etat ou qui ne l'ont été que très partiellement. Les normes nationales les prennent rarement en compte. Parfois, elles se bornent à les évoquer <sup>51</sup>. Ce n'est qu'en se plaçant au niveau du travail administratif concret de l'administration qu'on se rend compte de leur prise

---

<sup>50</sup> Conseil de l'Europe, *Fiche d'indexation minimale pour les sites archéologiques*, Publications du Conseil de l'Europe, 1999.

<sup>51</sup> En Italie, l'Institut central du catalogue et de la documentation (ICCD) a été créé en 1969 et son statut a fait l'objet d'un article au sein du décret organisant les compétences du ministère des biens culturels. Cet Institut est chargé de « *fonctions en matière de catalogation et de documentation des biens culturels d'intérêt archéologique, historico-artistique et environnemental* ». Entre autres tâches il doit « *assurer les rapports avec les institutions étrangères, publiques ou privées et avec les organismes internationaux travaillant dans le domaine de la catalogation et à la documentation des biens culturels* » (article 13 du DPR 3 décembre 1975 n.805). Ses compétences n'ont pas été remises en cause par la nouvelle organisation du ministère (l'article 6 alinéa 3 du décret législatif du 20 octobre 1998 *Institution du ministère pour les biens et les activités culturelles (...)* maintient en vigueur l'article 13 précédent).

en compte <sup>52</sup>. Celle-ci semble en fin de compte dépendre d'un acte discrétionnaire de l'administration. Ce qui nous ramène, une fois encore à l'exercice du pouvoir de décision de l'administration dans un sens para-normatif.

### Conclusion du chapitre

Les biens culturels ne sont plus l'objet d'une préoccupation seulement étatique. De nombreuses instances internationales en ont fait leur champ ou un de leurs champs de compétence. Pendant longtemps, ces instances ne pouvaient pas traduire leurs compétences sous forme de compétences juridiques, du moins celles qui n'avaient pas reçues de titre *ad hoc* pour le faire. Désormais, l'accroissement de l'expertise et des capacités d'intervention financière de ces instances tend à donner à leur action une influence juridique indéniable. En dehors de toute détermination préalable de l'Etat, les textes et documents produits par les instances communautaires et les instances internationales techniques ont acquis une nature quasi normative. A notre avis, elles viennent de franchir le seuil symbolique en de-ça duquel elles demeuraient jusqu'alors. Les conséquences de leur progression ne commencent que tout juste à se faire sentir.

### Conclusion du titre II

Ce titre s'est efforcé de démontrer que les atteintes au monopole que l'Etat exerçait en matière d'identification abstraite de l'intérêt public relatif aux biens culturels étaient d'origine et de nature diverses. En ce qui concerne l'origine, ces atteintes proviennent aussi bien d'instances infra nationales que d'instances supra nationales. En ce qui concerne la nature, ces atteintes sont d'une part de nature normative, d'une certaine manière concédées par l'Etat, qui voient d'autres instances dirent, partiellement, le droit des biens culturels, mais d'autre part d'une autre nature ont également pris corps. Plus discrètes, ces atteintes de nature para-normatives se déployaient dans les espaces laissés vides par les normes d'Etat. La situation de dépossession progressive est réelle. Face à elle, l'Etat a réagi.

---

<sup>52</sup> En 1977, le directeur de l'Institut central pour le catalogue et la documentation adressa une lettre circulaire à tous les surintendants, dans laquelle il constata que « les informations fournies par la fiche IPCE (étaient inadéquates) à la connaissance et donc à la protection des valeurs culturelles des ensembles construits, soit urbains soit ruraux, et (que) les conclusions auxquelles il a été parvenu dans des organisations internationales (et en particulier) lors du congrès Icomos-Unesco sur la catalogation des biens immobiliers, tenu à Varsovie en septembre 1977. (En conséquence) le modèle de fiche d'inventaire ICPE jusqu'alors utilisé (...) doit être considéré comme étant retiré » (9 novembre 1977) CAZZATO (V.) ed alii, *Beni culturali e prassi della tutela. Circolare ministeriali 1975-1990*, Roma, 1992, 252.

### **Titre III Les réactions de l'Etat**

Devant la multiplicité des atteintes dont les souverainetés patrimoniales font l'objet, atteintes consenties, tolérées ou subies, et face à la perte de leur monopole normatif dans un domaine aussi sensible, pour ne pas dire intime, les Etats ne sont pas restés inactifs. Ils ont développé deux attitudes. La première est une véritable réaction au sens étymologique du terme, agir contre. Les Etats ont réagi en tentant de nier ou même de regagner le terrain perdu. Ils se sont crispés sur leurs compétences normatives, c'est-à-dire sur leurs compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels. Ils ont même affirmé et défendu celles de ces compétences que les changements irréversibles, observés lors des deux précédents chapitres, leur avaient, explicitement ou implicitement, retirés (chapitre 5).

En revanche, la seconde attitude illustre une position en apparence plus résignée mais sans doute plus subtile. Les compétences que l'Etat a attribué à d'autres instances en matière d'identification abstraite de l'intérêt public et même certaines compétences que l'Etat lui-même exerce dans ce domaine, ont été transformées. La transformation réside dans la création d'une procédure d'adoption ouverte à d'autres instances que l'instance compétente. Certes, l'instance compétente est toujours capable d'imposer sa volonté, mais la décision finale, qui exprime cette volonté, doit être prise en fonction de la participation de plusieurs autres instances (chapitre 6).

## **CHAPITRE 5 LA CRISPATION DE L'ETAT SUR SES COMPETENCES D'IDENTIFICATION ABSTRAITE DE L'INTERET PUBLIC EN MATIERE DE BIENS CULTURELS**

L'attitude de crispation normative de l'Etat se manifeste sous deux formes. Premièrement, l'Etat a tenté de résister face à la perte de certaines de ces compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels (section 1). Deuxièmement, il a cherché à approfondir les compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels qu'il conservait (section 2).

### **Section 1 La résistance face à la perte de compétences normatives**

Cette résistance se manifeste par de véritables et nombreux combats de retardement menés face à la progression du droit communautaire et du droit international au détriment des droits internes (§ 1) ainsi que par l'affirmation des compétences normatives conservées (§ 2).

#### ***§ 1 Les combats de retardement face à la progression du droit communautaire et du droit international***

Comme on l'a vu aux chapitres 3 et 4, les compétences en matière de biens culturels des instances internationales et communautaires ont connu un spectaculaire accroissement à partir des années 1980.

Cet accroissement a fait l'objet de résistances pied à pied des deux Etats et il n'est pas excessif de dire que celle de l'Etat italien fut acharnée. Les résistances ont surtout pris la forme de combats de retardement face à la progression du droit communautaire, combats communs à la France et à l'Italie (A.). L'Italie a de son côté développé un combat propre vis-à-vis du droit international (B.).

#### **A. Les combats de retardement face à la progression du droit communautaire**

La France et l'Italie ont tenté de retarder les pertes considérables de compétence normative dans le domaine des biens culturels qu'impliquaient les avancées

communautaires dans ce domaine. On a choisi de présenter les trois combats de retardement menés par les deux Etats qu'on estime être les plus représentatifs. Premièrement, la France et l'Italie ont tenté de s'opposer à la suppression des taxes à l'exportation des biens culturels exigée par le droit communautaire (1). Deuxièmement, l'Italie a cherché à contrecarrer préventivement les effets du marché unique (2). Troisièmement, la France et l'Italie ont occulté le règlement communautaire n.3911/92 de 1992 *concernant l'exportation des biens culturels* (3).

1) Les réactions françaises et italiennes face à l'abolition des taxes à l'exportation par le Traité de Rome

Le Traité de Rome, entré en vigueur le premier janvier 1958, eut dès l'origine deux grandes conséquences en matière de biens culturels : l'assimilation des biens culturels aux marchandises et la substitution de fondement juridique de la compétence patrimoniale des Etats membres (de la souveraineté nationale à une exception au régime de libre circulation des marchandises). Mais ces conséquences étaient avant tout des conséquences théoriques qui restèrent longtemps sans aucun effet concret. En revanche, l'entrée en vigueur du traité comportait une conséquence concrète et immédiate : l'abolition des taxes à l'exportation des biens culturels.

En interdisant « *les restrictions quantitatives à l'exportation ainsi que toute mesure d'effet équivalent* » entre les Etats membres (ex article 34 § 1 TCE), le traité interdisait par voie de conséquence les taxes à l'exportation des oeuvres d'art lorsque ces taxes existaient. Or de telles taxes étaient en vigueur en 1958 en France et en Italie. Elles n'ont pas été abolies sans résistance surtout de la part de l'Italie.

a) La résistance française à l'abolition des taxes à l'exportation

Assez rapidement, la France tira les conséquences de l'entrée en vigueur de l'ex-article 34 TCE. Le 7 novembre 1958 fut adopté un décret qui abrogeait la taxe sur l'exportation des oeuvres d'art (il s'agissait du premier alinéa de l'article 3 de la loi du 23 juin 1941-1944 *relative à l'exportation des œuvres d'art*)<sup>1</sup>. Mais ce même décret tenta de récupérer la portion de souveraineté patrimoniale ainsi perdue. Le mécanisme était subtil. La loi du 23 juin 1941 - 1944 prévoyait dans son article 2 un droit appelé droit de rétention mais qui s'analysait comme un droit de préemption des plus classiques, permettant à l'Etat « de

---

<sup>1</sup> Le décret du 7 novembre 1958 intervenait en application de la toute nouvelle disposition constitutionnelle relative au mécanisme de délégalisation des textes législatifs antérieurs à l'entrée en vigueur de la constitution de 1958 mais dont le contenu n'était pas reconductible au nouveau champ de compétence laissé au législateur par l'article 34 de la constitution.

*retenir soit pour son compte, soit pour le compte d'une commune, d'un département, ou d'un établissement public, au prix fixé par l'exportateur, les objets proposés à l'exportation* ». L'article 3 de cette même loi précisait que le droit de rétention n'était pas applicable « *aux oeuvres d'art importées qui auraient été déclarées à l'entrée (sur le territoire français)* ». L'abrogation de l'article 3 revenait à étendre la possibilité reconnue à l'Etat d'utiliser son droit de rétention non seulement vis-à-vis d'œuvres "françaises" (dans le sens d'œuvres n'ayant pas fait l'objet d'une importation récente de l'étranger) mais également vis-à-vis d'œuvres récemment et régulièrement importées en France donc d'œuvres qui n'étaient pas françaises.

En 1969, à l'occasion d'une affaire importante dont nous avons déjà eu l'occasion de parler, l'affaire *Sieur de Talleyrand Périgord*, le Conseil d'Etat, siégeant dans sa formation d'Assemblée, souleva d'office l'illégalité du décret du 7 novembre 1958 et régla l'affaire par les quelques lignes suivantes : « *le décret du 7 novembre 1958 a étendu à une nouvelle catégorie de biens le champ d'application d'un droit de rétention portant atteinte au droit de propriété et, dès lors, est intervenu dans une matière réservée au législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution ; (...) par suite, le décret susmentionné est entaché d'illégalité sur ce point* »<sup>2</sup>.

#### b) Les résistances italiennes

Contrairement à la France, l'Italie n'a pas rapidement abrogé sa taxe sur l'exportation des oeuvres d'art prévue à l'article 37 de la loi de 1939<sup>3</sup> ainsi que l'ex-article 34 du Traité de Rome le supposait et que l'article 16 lui imposait de le faire<sup>4</sup>. Cette passivité fut sanctionnée, on l'a vu, par la décision de la Cour de justice du 10 décembre 1968. Cette décision fut ressentie comme une violente atteinte à la souveraineté patrimoniale italienne qui jusqu'alors était considérée comme absolument insusceptible d'une quelconque mise en cause.

La décision du 10 décembre 1968 ne fut pas exécutée. L'Italie, bien que condamnée, refusa de supprimer sa taxe sur les exportations d'objets d'art. Un tel refus constituait un cas clair de manquement d'un Etat membre à ses obligations communautaires. La Commission, qui en tant que gardienne des traités était responsable de

---

<sup>2</sup> CE, Ass., 12 décembre 1969, *Sieur de Talleyrand-Périgord*, AJDA, 1970, 34 concl. KAHN, 34-46.

<sup>3</sup> Cette taxe était déjà prévue par la loi de 1909 ainsi que par la plupart des lois préunitaires en la matière.

<sup>4</sup> L'article 16 était ainsi rédigé « *les Etats membres suppriment au plus tard à la fin de la première étape, les droits de douane à l'exportation et les taxes d'effet équivalent* ». Il est aujourd'hui abrogé.

l'exécution des arrêts de la Cour (article 226 TCE, *ex* article 169), après un contact infructueux avec le gouvernement italien, saisit la Cour d'un second recours fondé non plus sur le manquement à l'article 16 mais sur le manquement à l'*ex*-article 171 (aujourd'hui 228), dont la version, à l'époque du contentieux était ainsi rédigée « *(S)i la Cour de justice reconnaît qu'un Etat membre a manqué à une des dispositions qui lui incombe en vertu du présent traité, cet Etat est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice* ». La Cour se prononça sur ce deuxième recours de la Commission dans une sentence n°48/71 du 13 juillet 1971 qui fut encore plus défavorable à l'Italie puisqu'elle déclarait que l'(ancien) article 16 du Traité avait un effet direct et donc que, de toute manière, la société exportatrice qui était à l'origine du litige n'avait pas à payer la taxe d'exportation, quelles que soient les prétentions du droit national italien, qui, en l'occurrence, n'avait pas été modifié en fonction des engagements communautaires souscrits par l'Italie. L'Italie ne réagit cependant pas à cette deuxième condamnation. La Commission introduisit alors un troisième recours devant la Cour de justice, encore une fois sur le fondement d'un manquement à l'*ex*-article 171. La Cour prononça à cette occasion une troisième condamnation de l'Italie (sentence n°18/71 du 26 octobre 1971) à la suite de laquelle l'Italie assura alors à la Commission qu'elle allait modifier son droit interne en conséquence, ce qui fut fait à l'été 1972. Trois arrêts de manquement avaient été nécessaires pour faire plier la résistance italienne.

## 2) La loi italienne du 19 avril 1990

Le traité de l'Acte unique européen du 18-27 février 1986, ratifié par l'Italie par la loi du 23 décembre 1986 n°909, fut ressenti comme une atteinte communautaire à la souveraineté patrimoniale italienne encore plus forte que la précédente. Ce traité prévoyait à la fois un régime de libre circulation pour les marchandises, catégorie dont les biens culturels faisaient désormais partie, et le démantèlement des systèmes douaniers internes. L'une et l'autre de ces réformes devaient entrer en vigueur dans un délai de six ans, soit le premier janvier 1993. La réalisation du marché unique fut considérée comme une menace mortelle envers le patrimoine italien, comme une réouverture forcée de ce commerce inégalitaire que pendant des siècles l'Italie avait combattu, tantôt bien, tantôt mal, avec des succès et des échecs mais du moins avec une constance opiniâtre <sup>5</sup>. A l'approche de l'échéance du premier janvier 1993 une loi, qu'on peut qualifier d'"étrange", relative au

---

<sup>5</sup> LEMME (F.), "La circolazione dei beni culturali nella prospettiva del 1993", *Cassazione penale*, 1990, 989.

catalogage des biens culturels, fut votée le 19 avril 1990<sup>6</sup>. Cette loi tentait d'organiser sur de nouvelles et avec des ambitions radicalement plus hautes que les réalisations précédentes, un inventaire des biens culturels présents sur le territoire italien. A défaut de pouvoir surveiller l'explosion des exportations illégales que le nouveau système communautaire n'allait pas manquer de provoquer, les fiches d'inventaire réalisées auraient au moins le mérite de faciliter la recherche et la revendication de biens ayant illégalement quitté le territoire et d'agir comme moyen de preuve devant des tribunaux étrangers. Ce qui nous intéresse ici, et ce en quoi cette loi est « étrange », est que son article 1 tentait de contredire l'article 30 (ex art. 36) du Traité de Rome en déclarant que les *« biens culturels, en tant qu'éléments constitutifs de l'identité culturelle de la Nation (n'étaient) pas assimilables à des marchandises en ce qui concerne le régime de leur circulation »* (alinéa 4). En votant cette loi, le Parlement tenta de défendre par un moyen dépassé, une loi nationale face à un traité communautaire, ce qui selon lui, pouvait encore l'être. Son élan était compréhensible mais décalé. Néanmoins cet esprit de résistance italien était loin d'être circonscrit au seul Parlement. Il était partagé par une très large majorité de spécialistes de la protection des biens culturels. En 1991 un séminaire international fut organisé à Florence, à l'appel de la ville de Florence et d'associations de spécialistes, afin de débattre des problèmes liés à la circulation des biens culturels en vue du nouveau régime européen prévu pour 1993. Une charte fut élaborée et signée par les participants à cette rencontre, la *Charte de Florence sur les biens culturels européens*. En écho à l'article 1 de la loi de 1990, l'article 1 de la charte déclarait que *« les biens culturels ne sont pas des biens économiques »*<sup>7</sup>. Par comparaison on indiquera que la loi française qui adapta le droit français au règlement communautaire, la loi du 9 décembre 1992 n°3911/92 modifiée n°92-1477 du 31 décembre 1992 est *relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation*<sup>8</sup>. L'emploi du mot *produits* dans le titre même de la loi pour désigner, entre autres, les biens culturels, signifie que le droit français a clairement fait sien la conception communautaire selon laquelle les biens culturels sont des marchandises.

---

<sup>6</sup> GU, 26 avril 1990, n° 96, *plan organique d'inventoriatio, catalogation et élaboration de la carte du risque des biens culturels, également en relation avec l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen: premières interventions*.

<sup>7</sup> Le texte de la charte est reproduit in GURRIERI (F.), *Restauro e conservazione. Carte del restauro, Norme, Convenzione e Mozioni sul Patrimonio architettonico ed artistico*, Polistampa, Firenze, 1993.

<sup>8</sup> Rec., 415 ss



3) L'occultation du règlement communautaire du 9 décembre 1992 *concernant l'exportation des biens culturels* par le droit français et par le droit italien

En France, la loi adaptant le droit interne au règlement communautaire est entrée très rapidement en vigueur en concomitance avec l'entrée en vigueur du règlement. Il s'agit de la loi modifiée n°92-1477 du 31 décembre 1992 *relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation* qu'on vient d'évoquer.

En Italie il faut attendre plus de cinq ans pour que le règlement communautaire soit rendu non pas applicable, il l'était à la date que le Conseil avait fixée, mais connu. Une succession de circulaires informa les administrations concernées et leur confia le soin de répercuter les nouveautés auprès des acteurs du marché de l'art. La loi n'intervint finalement qu'en 1998 (loi n.88 du 18 mars 1998 *normes sur la circulation des biens culturels*). Malgré les confortables délais employés cette loi fut loin d'être un modèle de clarté. Elle ne resta heureusement pas longtemps en vigueur car elle fut rapidement fondue dans le texte unique d'octobre 1999.

Mais la France et l'Italie, tout en adaptant leurs droits internes au règlement communautaire se sont en même temps livrés à une véritable occultation de ce règlement. Les trois principaux éléments de cette occultation sont : une réception imparfaite du règlement (a), l'accaparement de la liste en annexe au règlement par les droits internes (b), les atteintes à la réserve de règlement communautaire (c).

a) Une réception imparfaite du règlement communautaire

La réception du droit communautaire relatif à l'exportation des biens culturels et à leur restitution en cas d'exportation abusive a été contrecarrée de manière subtile. Les lois nationales d'adaptation en droit interne du règlement communautaire ne font pas exactement comme s'il n'existait pas mais comme s'il s'agissait d'un texte lointain, subsidiaire.

La loi française du 31 décembre 1992 *relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation* (...) ne fait aucune référence, ni explicite ni implicite, au règlement du Conseil. Lorsque ce dernier est finalement cité, ce n'est que par le décret d'application de la loi, le décret modifié n°93-124 du 29 janvier 1993 *relatif aux biens culturels soumis à certaines restrictions de circulation*<sup>9</sup>, tout d'abord dans le visa, puis une seule fois à l'article 11 (relatif aux exportations temporaires). Tout est fait pour donner

---

<sup>9</sup> *Ibid.* 419 ss.

l'impression que la loi développe un système normatif propre. Elle surimpose son droit, qui n'est certes pas contraire au règlement mais qui l'escamote et le rejette dans l'ombre.

En Italie, en dehors des problèmes de délai, les rédacteurs du texte unique de 1999 ont eu une attitude semblable à ceux de la loi française de 1992. L'article 71 par lequel s'ouvre la section II *Exportation du territoire de l'Union européenne* du chapitre IV *Circulation internationale* du texte unique est un article dont la seule fonction est de faire référence au règlement et à la directive du Conseil. Et, en effet, des passerelles sont formellement jetées entre les deux textes. Le règlement CEE n'est pas cité moins de quatre fois dans le corps même de l'article. On aurait donc pu penser que la suite de la section, qui ne comprend qu'un seul et assez long article, l'article 72, ait suivi la logique du règlement CEE. Or, il n'en a rien été. La logique selon laquelle l'article 72 a été rédigée suit la logique de l'ensemble du texte unique alors qu'elle aurait dû se borner à retranscrire le règlement du Conseil de 1992 qui lui est hiérarchiquement supérieur et à exécuter ce que le règlement commandait <sup>10</sup>.

Ces attitudes pourraient, à la rigueur et avec beaucoup de bonne volonté, être considérées comme des maladresses. Il n'en va pas de même avec d'autres attitudes qui constituent de véritables illégalités.

#### b) L'accaparement de la liste en annexe au règlement par les droits internes

Dans une annexe au règlement CEE figure la liste des catégories de biens culturels qui ne peuvent être exportés hors de la communauté sans licence d'exportation. Or le droit français et le droit italien présentent cette liste comme une liste d'origine nationale.

En Italie, le maquillage est parfait. Le texte unique de 1999 a été flanqué d'une annexe (l'annexe A du texte unique) qui ne fait que reproduire l'annexe du règlement CEE mais qui est présentée comme « *prévue par les articles 62.1, 72.1 et 73.3.a)* » du texte unique. Lorsqu'on se reporte à un de ces articles, on constate qu'aucun ne précise que la liste est d'origine communautaire.

En France l'escamotage est tout aussi frappant. L'article 5 de la loi du 31 décembre 1992 parle des « *catégories définies par décret en Conseil d'Etat* ». La liste n'a donc même plus de rang législatif, elle est rétrogradée au rang réglementaire. Certes, le rang normatif n'importe pas au droit communautaire, mais ce que cette rétrogradation permet de

---

<sup>10</sup> Sur ce point qu'il soit permis de renvoyer à LAFARGE (F.), "Esportazione di beni culturali dal territorio dell'Unione europea. Commento agli articoli 71, 72, 82 e 84 del Testo Unico" in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali. Testo unico approvato con il decreto legislativo 29 ottobre 1999, n°490*, Bologna, il Mulino, 2000, 215-226.

saisir sur l'attitude française, est que le législateur fait comme si la logique juridique nationale héritée de la loi du 23 juin 1941-1944 *relative à l'exportation d'œuvres d'art*, qui laissait à l'administration le soin de préciser les biens susceptibles d'interdiction d'exportation par le biais « d'avis aux exportateurs » <sup>11</sup> se maintenait contre les vents et les marées communautaires.

Les rédactions de la loi française et du texte unique italien sont de nature à faire croire que la liste (et les catégories) de biens soumis à autorisation d'exportation est une liste nationale élaborée par des organes nationaux avec toutes les conséquences qui en découlent, en particulier l'impression que la liste peut être modifiée par les organes nationaux qui l'ont adoptée : le Parlement en Italie, l'administration en France.

c) Les atteintes à la réserve de règlement communautaire

L'entrée en vigueur du règlement communautaire a créé une réserve de règlement communautaire dans le domaine de l'exportation des biens culturels. De la sorte, toutes les normes nationales qui pouvaient avoir à faire à un titre ou à un autre avec l'exportation des biens culturels, ont été implicitement abrogées. Cette abrogation concerne aussi bien les normes de rang législatif, celles de rang réglementaire et éventuellement les simples actes administratifs. En outre, la réserve de règlement communautaire ne s'applique pas seulement vis-à-vis du règlement d'origine mais également vis-à-vis des règlements d'application de ce règlement. Or le règlement de 1992 a fait l'objet de deux règlements d'application adoptés par la Commission à la suite de la procédure prévue par le Conseil aux articles 7 et 8 du règlement de 1992 <sup>12</sup>. En conséquence, la marge normative qui reste aux pays membres se résume dans l'adoption des mesures d'exécution prévues par les règlements eux-mêmes : le règlement d'origine de 1992 et ses règlements d'application de 1993 et de 1998 <sup>13</sup>. Or, sur au moins trois points, la loi française de 1992 et le texte unique italien de 1999 font comme si la réserve de règlement communautaire n'existait pas.

---

<sup>11</sup> Cinq avis aux exportateurs furent publiés au *Journal officiel* : le 27 février 1949, le 24 octobre 1949, le 24 novembre 1964, le 30 octobre 1975, le 9 octobre 1985.

<sup>12</sup> Le règlement (CEE) n.752/93 de la Commission du 30 mars 1992 portant dispositions d'application du règlement (CEE) n.3911/92 du Conseil relatif à l'exportation des biens culturels (*JOCE*, L077 du 31 mars 1993, 24-32), et le règlement CE n.1526/98 de la Commission du 16 juillet 1998 qui modifie le règlement (CEE) n.752/93 de la Commission du 30 mars 1992 portant dispositions d'application du règlement (CEE) n.3911/92 du Conseil relatif à l'exportation des biens culturels, (*JOCE*, L201 17 juillet 1998, 47-58).

<sup>13</sup> Ces mesures d'exécution sont les suivantes : la détermination des autorités compétentes pour délivrer les licences d'exportation (définitives ou temporaires) des biens inclus dans une des catégories des listes de l'annexe (article 3) ; la détermination des « sanctions à appliquer en cas d'infractions aux dispositions du présent règlement » de manière « suffisante pour inciter au respect de ces dispositions » (article 9) ; l'adoption des mesures nécessaires pour « établir, dans le cadre de leurs relations mutuelles, une coopération entre les administrations douanières et les autorités compétentes visées à l'article 4 de la directive restitution » ainsi que des « mesures

La première violation de la réserve de règlement communautaire a été commise par l'article 5 de la loi française de 1992. Le règlement communautaire prévoit que « *l'exportation de biens culturels hors du territoire douanier de la Communauté est subordonnée à la présentation d'une licence d'exportation* » (article 2 alinéa 1). La licence est un acte administratif commun à tous les pays membres de l'Union et le seul qui vaut entre eux (« *La licence d'exportation est valide dans toute la Communauté* » (article 2 alinéa 3). C'est le document délivré par l'Etat d'origine du bien qui atteste que ce bien peut sortir du territoire de l'Union. En vertu de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'Union, ce bien une fois sorti de son pays d'origine peut librement circuler à l'intérieur de l'Union. C'est au moment de son exportation en dehors de l'Union que l'Etat sur le territoire duquel il se trouve devra vérifier qu'il fait partie de la liste et qu'il est accompagné de la licence nécessaire. Ce sont les Etats d'origine qui délivrent la licence s'ils ne s'opposent pas à la sortie du bien de leur territoire. Le règlement fait également référence à une *autorisation d'exportation*. Il s'agit du document purement interne par lequel l'Etat d'origine permet l'exportation du bien en dehors de son territoire en application de ses propres critères, critères fondés depuis 1958 sur l'exception reconnue par l'article 30 TCE au principe de libre circulation des marchandises. Cet acte est appelé autorisation d'exportation par le droit communautaire mais il est bien clair que les Etats membres peuvent l'appeler comme ils l'entendent du moment qu'ils lui reconnaissent la fonction exacte que le règlement communautaire lui attribue. Or, la loi française de 1992 ne fait référence ni à la licence d'exportation communautaire ni à l'autorisation d'exportation. Son règlement d'application de 1993 non plus. Le système français ne parle que d'un certificat : « *L'exportation temporaire ou définitive hors du territoire douanier des biens culturels (...) est subordonnée à l'obtention d'un certificat délivré par l'autorité administrative* » (article 5 de la loi). De son côté, le texte unique italien respecte la distinction. Il fait plusieurs fois référence à la licence communautaire en précisant que les *uffici di esportazione* des surintendances sont les autorités nationales compétentes pour les délivrer. Il appelle, selon son droit, *attestation de libre circulation* ce que le règlement appelle *autorisation d'exportation*.

La deuxième violation de la réserve de règlement a été commise à l'article 72 du texte unique italien. Le rédacteur de ce texte n'a pas hésité en effet, sans doute sous prétexte d'un ultime "baroud d'honneur", à affirmer dans le premier alinéa de l'article 72

---

*raisonnables qu'ils estiment nécessaires pour surveiller l'utilisation, sur leur territoire national, des autorisations ouvertes qu'ils délivrent »* et enfin l'obligation d'informer « *la Commission des mesures qu'ils prennent en application du présent règlement* ».

que « *l'exportation en dehors du territoire de l'Union européenne des biens culturels figurant dans l'annexe au présent texte unique est soumise au règlement CEE et au présent article* » (c'est nous qui soulignons). En affirmant que l'exportation « *est soumise au présent article* » le législateur délégué nie l'autorité supérieure du règlement et tend à faire croire que la matière "exportation des biens culturels" est le fruit d'une synthèse entre le droit communautaire et le droit national.

La troisième violation du règlement communautaire a été commise à la fois par la loi française de 1992 et par le texte unique italien. L'article 2 du règlement CEE de la Commission n°752/93 d'application du règlement général CEE n°3911/92 relatif aux exportations temporaires distingue, en matière d'autorisation temporaire d'exportation, l'autorisation normale « *utilisée, normalement, pour toute exportation régie par le règlement de base* », l'autorisation ouverte spécifique qui « *couvre l'exportation temporaire répétée d'un bien culturel spécifique par une personne ou par une organisation* », l'autorisation ouverte générale qui « *couvre toute exportation temporaire de biens culturels appartenant à la collection permanente d'un musée ou d'une autre institution* », sans parler du formulaire unique prévu par le règlement. Or, ni la loi française ni le texte unique italien ne font référence à ces différentes formes d'autorisations. Il est difficile d'expliquer cette situation par un simple oubli. En France, la loi de 1992 a été modifiée trois fois depuis son entrée en vigueur : une première fois en 1994, une deuxième fois en 2000 et une troisième fois en 2002 <sup>14</sup>. Aucune de ces modifications n'a tenu compte du règlement de la commission n.752/93. En Italie, le texte unique est intervenu six ans après l'entrée en vigueur des règlements communautaires. Il a en outre bénéficié d'une sorte de ballon d'essai avec la loi du 30 mars 1998 n°88 *normes sur la circulation des biens culturels*, dont il a repris et parfois même corrigé le texte.

Il faut reconnaître que, sur le fond, la loi française de 1992 et le texte unique italien de 1999 ne contiennent rien de contraire aux règlements communautaires en vigueur. Toutefois ils sont rédigés de telle manière, et ici la forme rejoint le fond, qu'ils sont de nature à entraver l'accès à une juste connaissance du droit communautaire et que, à ce titre, on peut estimer qu'ils portent atteinte à l'article 10 TCE (ex article 5) selon lequel « *(L)es Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des*

---

<sup>14</sup> Loi n°94-679 du 8 août 1994 (article 60), *JORF*, 10 août 1994 ; loi n°2000-643 du 10 juillet 2000, *JORF*, 11 juillet 2000 ; loi 2002-643 du 4 janvier 2002 (article 27 VI), *JORF*, 5 janvier 2002.

*institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».*

Concluant une réflexion du point de vue italien sur ces difficultés, M.P. Chiti soulignait la « *difficulté d'insérer dans un texte normatif général, composé de normes nationales souvent assez anciennes, des dispositions d'origine communautaire qui expriment une bien différente approche de la matière ainsi qu'une technique juridique innovante* ». Il émettait néanmoins le souhait que dans un futur plus ou moins proche, « *la traditionnelle approche nationale soit ajustée à celle propre à l'Union européenne* » <sup>15</sup>.

## **B. Le combat de retardement italien face au droit international : l'article 20 du texte unique**

En plus des combats qu'elle mène contre les avancées du droit communautaire, l'Italie mène également un combat de *containment* vis-à-vis du droit international relatif aux biens culturels. La principale arme mise en œuvre dans ce combat est l'article 20 du texte unique de 1999, ainsi rédigé : « *L'activité de protection et de mise en valeur des biens culturels se conforme aux principes de coopération entre Etats, également dans le domaine d'organisation internationale, établis par des conventions rendues exécutive en Italie en matière de protection du patrimoine culturel mondial et des patrimoines nationaux* ». L'article 20 est une disposition qui a été ajoutée par le législateur délégué, c'est-à-dire par le gouvernement. Elle ne figurait dans aucun texte de droit positif à la date de la systématisation. D'un point de vue strictement formel, elle n'outrepasse cependant pas la délégation que le gouvernement avait reçue du Parlement. Ce dernier avait en effet prévu que le législateur délégué pouvait introduire les innovations ou les modifications strictement nécessaires à la coordination formelle et substantielle de la matière <sup>16</sup>. D'une certaine manière, l'article 20 est bienvenu car la coordination entre le droit international et le droit national en matière de biens culturels était nécessaire, ne serait-ce que dans un souci de clarté. Mais elle n'a pas eu pour but de faciliter les rapports entre les deux systèmes. Il n'a été inséré que pour tenter, de manière assez grossière et sans pouvoir prétendre à aucune valeur juridique, de limiter l'impact du droit international vis-à-vis du

---

<sup>15</sup> CHITI (M. P.), "Premessa agli articoli 71-84" in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali op. cit.*, 212-215, 215

<sup>16</sup> Article 2 alinéa 1 de la loi du 8 octobre 1997 n.352, *Dispositions sur les biens culturels*, GURI, n.243, 17 octobre 1997, supplément ordinaire n.212.

droit interne. Cette tentative est, selon nous, doublement incompatible. Du point de vue du contenu, elle est incompatible avec la délégation que le gouvernement avait reçue du Parlement (1). Elle est également incompatible avec les lois d'exécution des conventions internationales en matière de biens culturels ratifiées par l'Italie (2). La question de la portée de sa disposition relative à l'exclusion des conventions internationales en vigueur mais non ratifiées par l'Italie se pose également (3).

1) L'incompatibilité de l'article 20 du texte unique avec la loi de délégation reçue du Parlement

Les rapports que le système juridique italien entretient avec le droit international le classent parmi les systèmes dits dualistes, dans lesquels le législateur (ou une autre autorité normative), prenant acte de l'obligation internationale à laquelle l'Etat s'est lié par la ratification d'une convention internationale, la transforme en norme interne <sup>17</sup>. En Italie, les adaptations du droit interne aux obligations internationales adviennent selon deux procédures <sup>18</sup> : soit par une loi dite *d'exécution* par laquelle le législateur pose lui-même les normes qu'il considère comme nécessaires pour l'exécution de l'obligation internationale, soit par une loi, dite *ordre d'exécution* par laquelle le législateur dispose qu'à l'acte international qui est joint en annexe au texte de la loi soit donnée une exécution « *pleine et entière* » <sup>19</sup>. Dans ce dernier cas il revient à l'interprète (l'administration, le juge, ...) de dégager lui-même les normes internes d'adaptation, c'est-à-dire de dégager le droit nouveau qu'apporte la loi par rapport aux normes déjà présentes dans le droit interne. L'Italie a ratifié la quasi-totalité des conventions en vigueur dans le domaine de la protection des biens culturels <sup>20</sup>. Il n'est pas envisageable d'étudier de quelle manière elle les a adaptées en droit interne. Il semble que le législateur ait souvent adopté des *ordres d'exécution* <sup>21</sup> mais on trouve également des lois plus proches des *lois d'exécution* <sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> LA PERGOLA (A.), *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milan, 1961, 4.

<sup>18</sup> QUADRI (R.), *Diritto internazionale pubblico*, Naples, 1968.

<sup>19</sup> L'article 80 de la Constitution italienne demande que « les traités internationaux de nature politique ou qui prévoient (...) des charges pour les finances ou des changements dans les lois » soient ratifiés par des lois, les autres traités pouvant être ratifiés par un acte normatif de l'exécutif. Les conventions internationales en matière de biens culturels se rangent sans difficulté dans cette catégorie. Les instruments d'adaptation en droit interne devront alors être également des lois.

<sup>20</sup> La convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954, la convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique du Conseil de l'Europe du 6 mai 1969, la convention de l'Unesco sur les mesures à adopter pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété des biens culturels du 14 novembre 1970, la convention sur la protection du patrimoine culturel et naturel mondial de l'Unesco du 16 novembre 1972, la convention européenne pour la sauvegarde du patrimoine architectural en Europe du Conseil de l'Europe du 3 octobre 1985, la convention de l'Unidroit sur les biens volés ou illicitement exportés, du 24 juin 1995.

<sup>21</sup> A titre d'exemple l'article 2 la loi du 15 février 1989 n.93 *ratification et exécution de la convention européenne pour la sauvegarde du patrimoine architectural en Europe signée à Grenade le 3 octobre 1985* (Supplément ordinaire à la

Deux choses comptent pour notre démonstration. Premièrement, à partir du moment où ces conventions ont été rendues exécutoires en Italie (en général par la même loi que celle autorisant la ratification) on ne peut plus parler que de normes internes, de lois nationales d'origine internationale, et non plus de normes internationales. Deuxièmement, vis-à-vis des ordres d'exécution une distinction reste à faire, entre ce qui est déjà contenu dans les lois existantes et ce qui est nouveau, c'est-à-dire ce qui est nécessaire pour exécuter l'obligation internationale. Ce travail revient, on l'a vu, au juge, à l'administration ou ... à l'autorité chargée d'un travail de coordination des dispositions existant dans ce domaine.

En fonction de la délégation qu'il a reçue du Parlement en 1997, le gouvernement devait réunir et coordonner dans un texte unique « *toutes les dispositions législatives en vigueur en matière de biens culturels et d'environnement* »<sup>23</sup>. Or, le législateur délégué a fait un choix très discutable parmi les lois issues de l'adaptation au droit interne des conventions internationales intervenues dans le domaine des biens culturels. Seul un élément de ces lois a été inclut dans la systématisation du texte unique, « *les principes de coopération entre Etats* ». Cette position est évidemment très ambiguë car le droit nouveau issu des conventions internationales ne se limite pas à cet élément. On peut donc soutenir que ce choix, qui exclut la très grande majorité des lois issues de l'adaptation au droit interne des conventions internationales ratifiées, n'est pas compatible avec la disposition qu'on vient de citer de la loi de 1997. Pour M. P. Chiti cette attitude du gouvernement illustre le fait que les apports issus des conventions internationales « *sont considérés comme excentriques par rapport au "cœur" national des normes sur les biens culturels* »<sup>24</sup>.

## 2) L'incompatibilité de l'article 20 du texte unique avec les lois d'exécution des conventions internationales en matière de biens culturels ratifiées par l'Italie

Examinons plus en détail en quoi le choix des « *principes de coopération entre les Etats* » effectué par le législateur délégué ne correspondait pas à l'ensemble du droit nouveau issu de l'exécution des conventions internationales. Ce choix est doublement restrictif.

---

GURI n.62, du 15 mars 1989) est rédigé de la manière suivante : « *Pleine et entière exécution est donné à la convention (...) à partir de son entrée en vigueur (...)* ».

<sup>22</sup> Comme par exemple la loi n.213 du 7 juin 1999 *ratification et exécution de l'acte final de la conférence diplomatique pour l'adoption du projet de convention de l'Unidroit*, GURI, 27 octobre 1999, n.235.

<sup>23</sup> Article 1 alinéa 1 de la loi du 8 octobre 1997, n.352, *Dispositions sur les biens culturels*.

<sup>24</sup> CHITI (M. P.), "Convenzioni internazionali" in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, op. cit., 88-90, 89.



Premièrement, au terme de l'article 20, l'activité interne « *de protection et de mise en valeur* » ne doit être conforme qu'à seulement certains principes tirés des conventions internationales. La référence au mot principe plutôt qu'au mot de droit ou de norme laisse à penser qu'il n'est demandé qu'une conformité au principal, au plus important et que les aspects accessoires ou secondes peuvent être laissés pour compte. Deuxièmement, l'article 20 du texte unique ne vise que les principes en matière de « *coopération entre Etats* ». C'est certes un principe important. Il est la clé de voûte de l'application du règlement et de la directive communautaire <sup>25</sup>. Il est de plus en plus mis en avant dans les conventions internationales en particulier dans celles du Conseil de l'Europe et de l'Unesco <sup>26</sup>. C'est d'ailleurs un principe de procédure qui a l'avantage, pour le législateur délégué, de ne pas remettre en cause les compétences normatives des Etats parties. Mais le droit issu de l'exécution des conventions internationales est bien plus riche. Le principe de coopération, pour important qu'il soit, n'est pas le seul. Il existe des principes de fond qui eux sont ignorés. Citons, seulement à titre d'exemples parmi d'autres, la création de réserves archéologiques (article 2 de la convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique du Conseil de l'Europe du 6 mai 1969), ou bien l'obligation « *de consultation et de collaboration entre l'Etat, les collectivités locales, les institutions et associations culturelles et le public* » en matière de protection du patrimoine architectural de l'article 14 de la convention européenne pour la sauvegarde du patrimoine architectural en Europe du Conseil de l'Europe du 3 octobre 1985. Toujours selon M. P. Chiti, cette attitude « *exprime le maintien de l'approche nationale (du droit relatif aux biens culturels) de la part des institutions italiennes qui (...) tendent à réduire l'importance des conventions internationales même lorsque paradoxalement (l'Italie) en est un des promoteurs* » <sup>27</sup>.

L'incompatibilité entre l'article 20 et les lois d'exécution des obligations internationales prend la forme radicale d'une contradiction de normes <sup>28</sup>. Affirmer la nullité de l'article 1 de la loi de 1990 qui, on s'en souvient, contredisait le droit communautaire à propos de l'assimilation des biens culturels aux marchandises, était aisé

---

<sup>25</sup> Article 4 de la directive du 15 mars 1993.

<sup>26</sup> Par exemple les articles 17, 18 et 19 de la convention européenne pour la sauvegarde du patrimoine architectural en Europe du Conseil de l'Europe du 3 octobre 1985 et l'article 6 de la convention sur la protection du patrimoine culturel et naturel mondial de l'Unesco du 16 novembre 1972.

<sup>27</sup> CHITI (M. P.), "Convenzioni internazionali" in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali op. cit.*, 88-90, 89-90

<sup>28</sup> Voire d'une incohérence, v. AINIS (M.), *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, 1997, 165 ss.

grâce à la supériorité du droit communautaire sur la loi nationale. Dans le cas présent, le bon sens permet de trancher dans le sens de la nullité des prétentions que contient l'article 20, en dehors de toute application du principe qui voudrait que la loi récente l'emporte sur la loi ancienne, la première abrogeant la seconde. Cela serait absurde ici. Un indice en ce sens nous est fourni par l'article 166 du texte unique qui dresse la liste exhaustive des normes abrogées par l'entrée en vigueur du texte unique et dans laquelle les lois d'adaptation du droit interne aux conventions internationales ne figurent pas.

3) La disposition de l'article 20 du texte unique relative à l'exclusion des conventions en vigueur mais non ratifiées par l'Italie

Au sein de cet article déjà "étrange", une disposition frappe par son aspect superfétatoire : *« l'activité de protection et de mise en valeur des biens culturels se conforme aux principes (...) établis par les conventions rendues exécutive en Italie en matière de protection du patrimoine culturel mondial et des patrimoines nationaux »* (c'est nous qui soulignons). Etait-il nécessaire de rappeler dans un article de loi que seules les conventions internationales rendues exécutive produisaient des effets contraignants et obligeaient l'Etat à modifier son droit interne afin de le rendre conforme à ses engagements ? Il semble que la haute idée que le législateur délégué se fait de sa mission, défendre le droit national contre les empiètements du droit international, lui ait permis toutes les "lourdeurs". Mais derrière ces "lourdeurs" voulues, cette disposition vise, à notre avis, deux situations précises.

Premièrement, l'article 20 fait implicitement référence à la position de l'Italie vis-à-vis de la *convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique* du Conseil de l'Europe. Cette convention dite convention de Londres a été adoptée par le Conseil le 9 mai 1969. L'Italie l'a ratifiée et elle est entrée en vigueur pour elle en 1974. Le 16 janvier 1992 une version révisée de cette convention a été adoptée à Malte et ouverte à la ratification des Etats membres du Conseil de l'Europe. Elle est entrée en vigueur le 25 mai 1995 <sup>29</sup>. Mais l'Italie ne l'a pas ratifiée.

La plupart des dispositions contenues dans la version révisée de la convention sont déjà présentes, sous une forme ou sous une autre, dans le droit italien. En ce qui concerne les activités de fouilles, la convention prévoit l'obligation de dénoncer toute découverte, de créer des dépôts pour les vestiges, de réglementer l'utilisation des détecteurs de métaux. En

---

<sup>29</sup> Sur cette convention PAOLI (J.F.), "Commentaire de la convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée). Malte, 6 janvier 1992" *Actualité législative Dalloz*, 1994, 173-181.

matière de politique de la conservation, elle souligne la nécessité d'établir ou, s'il existe déjà, de renforcer le lien entre l'archéologie et l'urbanisme, de développer l'utilisation de l'évaluation d'impact archéologique de travaux d'une certaine ampleur s'ils sont situés en certains lieux. Et même si certaines de ces dispositions ne figurent pas, sous une forme ou sous une autre dans le droit en vigueur, l'effort d'adaptation du droit italien serait assez facilement envisageable. Mais une disposition heurte de plein fouet le droit national. La convention révisée prévoit que le financement de l'activité de sauvegarde archéologique, à savoir les fouilles d'urgence réalisées en cas de découvertes "fortuites" de vestiges lors de travaux, doit être supportée par celui qui commissionne les travaux. Selon l'article 6 « *chaque partie s'engage (...) à prendre les dispositions utiles pour que, lors de grands travaux d'aménagement publics ou privés, soit prévue la prise en charge complète par des fonds provenant de manière appropriée du secteur public ou du secteur privé, du coût de toute opération archéologique nécessaire liée à ces travaux* ». Or les coûts peuvent être très élevés. Aux coûts directs de financement des travaux archéologiques s'ajoutent de nombreux coûts indirects induits par le retard dans la réalisation du projet : allongement de la durée de location du matériel, des contrats de travail, modification des délais de livraison, assurances supplémentaires ... Le paradoxe est que, sur le fond, l'Italie ne peut qu'être favorable à cette disposition car c'est ce à quoi elle oblige, chez elle, les aménageurs. Mais c'est la question du fondement juridique de cette obligation qui est à l'origine du refus italien de ratifier la convention révisée. En Italie, l'obligation qui pèse sur les aménageurs n'a pas de fondement juridique. Les surintendances archéologiques, outre leur faculté d'user de *l'ordre de suspension des travaux* dont elles disposent (article 28 alinéa 2 du texte unique) mais qui ne sont que temporaires, « monnayent » en effet les mesures de police archéologique dont elles disposent (les articles 85 à 90 du texte unique de 1999) <sup>30</sup>. Elles font en effet planer sur les aménageurs, publics ou privés, la menace d'une mesure de protection, une déclaration d'intérêt, assortie de servitudes très restrictives en matière de modification et de construction, tant qu'un compromis favorable à la protection n'a pas été trouvé <sup>31</sup>. En effet, en Italie, à la différence de la France, le périmètre de la zone de protection qui s'étend autour du bien protégé est déterminé au cas

---

<sup>30</sup> Sur ces points qu'il soit permis de renvoyer à LAFARGE (F.), "Droit et financement de l'archéologie en Italie" in P.-L. FRIER ed., *Droit et financement de l'archéologie en Europe*, Sirey-Dalloz, 1998, pp. 109-163 et "Archéologie et droit de l'urbanisme en Italie" in Y. JEGOUZO et P.-L. FRIER ed., *Archéologie et droit de l'urbanisme en Europe*, Sirey-Dalloz, 1995, pp. 141-170.

<sup>31</sup> La situation était, *mutatis mutandis*, la même en France. Mais la France a ratifié la convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique révisée le 10 juillet 1995 et elle a mis son droit interne en conformité avec l'adoption par le Parlement de la loi 2001-44 du 17 février 2001 *relative à l'archéologie préventive*.

par cas par l'administration de même que les servitudes qu'il comporte et non pas en général par la loi. On peut donc estimer que pour maintenir la distinction bien claire entre les deux conventions qui portent sur le même objet (bien que leurs contenus soient différents), la convention d'origine (Londres 1969) ratifiée par l'Italie d'une part et la convention révisée (Malte 1992) non ratifiée par l'Italie d'autre part, le législateur délégué n'a pas hésité à rappeler les évidences.

Deuxièmement, le législateur délégué a également pu vouloir maintenir le droit italien à l'écart de la création d'un ordre public international en matière culturelle. Il s'agit là encore d'une supposition mais une supposition qui présente, selon nous, un degré de vraisemblance suffisant pour que nous l'exposions ici. Des traces d'ordre public international culturel commencent en effet à apparaître. Elles ont été analysées par P. Lalive<sup>32</sup>. L'exemple le plus récent est un *obiter dictum* d'un arrêt de la Première Cour de droit public du Tribunal fédéral suisse selon lequel « *Lorsque, comme en l'espèce, la demande (d'entraide judiciaire) porte sur la restitution d'un bien culturel, le juge de l'entraide doit veiller à prendre en compte l'intérêt public international, commun à la Suisse et à la France, lié à la protection de ces biens* »<sup>33</sup>. La position italienne peut sembler étrange, car l'objet de ce nouvel ordre public international réalise un des objectifs de l'Italie, à savoir la revendication et le retour de biens culturels italiens exportés hors de son territoire en violation de sa loi nationale, c'est-à-dire la reconnaissance de son droit public interne à l'étranger. Sans doute doit-on estimer qu'elle le rejette car elle ne maîtrise pas son processus de création, ce qui s'accorderait avec la constatation citée plus haut de M. P. Chiti. Toutefois dans le cas où notre hypothèse serait correcte, l'article 20, en plus des précédentes critiques, pourrait ne pas être conforme à l'article 10 de la Constitution italienne dont l'alinéa premier indique que « *(L)'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues* ». Cette disposition est interprétée comme permettant l'adaptation automatique du droit italien au droit international général dont l'ordre public international peut être considéré comme un des éléments<sup>34</sup>. Une disposition de rang législatif ne saurait y faire obstacle.

---

<sup>32</sup> LALIVE (P.), "Reflexions sur un ordre public culturel", in WYLER (E.) et PAPAUX (A.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pédone, 1999, 155-185.

<sup>33</sup> Tribunal fédéral, L., 1<sup>o</sup> avril 1997, ATF 123 II 134.

<sup>34</sup> CASSESE (A.), "Commento all'articolo 10" in *Commento della Costituzione*, a cura di G. Branca, 500 ss.

## **§ 2 L'affirmation des compétences normatives conservées**

Cette affirmation s'exerce dans deux directions. La première est celle de l'affirmation des compétences normatives conservées vis-à-vis des instances et du droit communautaire. En appliquant les normes communautaires de 1992-1993, la France et l'Italie vont tout d'abord chercher à utiliser au maximum l'exception que leur ouvre l'article 30 TCE (A.). La seconde est celle de l'affirmation des compétences normatives conservées vis-à-vis des revendications des instances infra-nationales. Cette affirmation se rencontre surtout en Italie, à l'occasion des nombreuses réformes qui, depuis la fin des années 1990, transforment progressivement le pays en une république fédérative (B.)

### **A. L'affirmation des compétences normatives conservées vis-à-vis des instances et du droit communautaire**

Comme on l'a déjà vu, l'article 30 TCE (*ex* article 36) ouvre une dérogation au principe de libre circulation des marchandises en faveur des biens culturels. Il permet aux Etats membres de restreindre et même d'interdire l'exportation des biens culturels qu'ils considèrent comme étant leurs *trésors nationaux* (selon la version française de l'article 30) ou comme faisant partie de leur *patrimoine historique, artistique ou archéologique national* (selon la version italienne de l'article 30).

La France et l'Italie ont développé une lecture radicale de l'article 30 TCE (1). Le maximalisme de ces interprétations nationales pose la question de leur compatibilité avec l'interprétation communautaire (2). Les interprétations nationales s'accompagnent en outre, mais logiquement, du refus de poser à la Cour de justice de la communauté européenne une question préjudicielle relative à l'interprétation communautaire de cet article (3).

#### **1) Les interprétations nationales maximalistes de l'article 30 TCE**

Le droit communautaire a dressé une liste de catégories de biens culturels. Les biens inclus dans les catégories de cette liste sont soumis à la procédure communautaire d'exportation définie par le règlement n°3911/92 du 9 décembre 1992 et par ses règlements d'application qui a déjà été présentée. Les biens inclus dans les catégories de cette liste bénéficient, en outre, d'une protection communautaire en cas de violation des dispositions nationales relatives à l'exportation des biens culturels ou en cas de violation du règlement

précédent<sup>35</sup>. Cette liste, publiée en annexe au règlement et à la directive, a provoqué deux réactions de la part des pays étudiés : l'élargissement de l'objet de la protection en Italie (a) et la modification du régime de la protection en France et en Italie (b).

a) L'élargissement de l'objet de la protection en Italie

L'Italie a, par deux fois, modifié son droit interne afin de lui faire épouser les contours des catégories communautaires figurant dans la liste en annexe au règlement et à la directive communautaires.

La première modification date de la loi du 30 mars 1998 n°88 *normes sur la circulation des biens culturels* qui introduisit trois nouvelles catégories de biens susceptibles de faire l'objet d'une protection. Ces trois catégories ont été reprises par le texte unique aux lettres d, e et f de l'article 3 intitulé *Catégories spéciales de biens culturels*. La première est celle « *des photographies, des oeuvres cinématographiques, et audiovisuelles (...) dont la production remonte à plus de 25 ans* ». Elle correspond au point A. 8 de l'annexe du règlement n°3911. La seconde est celle « *des moyens de transport ayant plus de 75 ans* ». Elle correspond au point A. 14 de l'annexe du règlement. La troisième est celle des « *biens et des instruments présentant un intérêt pour l'histoire de la science et de la technique ayant plus de 50 ans* ». Elle correspond au point A. 13 de l'annexe du règlement. Les biens inclus dans ces catégories ne sont soumis qu'à un régime de protection partiel, leur exportation est interdite si le ministre estime qu'elle constitue un dommage pour le patrimoine historique et culturel national (article 65 du texte unique). Les autres règles de protection du texte unique ne leur sont pas applicables.

La seconde modification du droit interne suivit de peu la première. Le gouvernement agissant en tant que législateur délégué à la suite de l'article 1 de la loi de 1997 a introduit au cours de son travail de systématisation, deux autres catégories de biens

---

<sup>35</sup> Au sein du Conseil, l'Italie a bataillé sans relâche pour faire accepter des catégories de biens culturels soumis à la procédure de la licence d'exportation qui soient les plus larges possible. La partie n'était pas gagnée d'avance car d'autres Etats membres traditionnellement beaucoup plus libéraux quant à l'exportation des oeuvres d'art, au premier rang desquels le Royaume-Uni, faisaient la constatation que plus le champ de la licence s'étendait, plus l'appareil bureaucratique chargé de délivrer la licence (dans l'Etat d'origine) ou chargé d'en contrôler l'existence (dans l'Etat d'exportation) devrait être développé par rapport à ce qu'il pouvait être en l'absence d'un tel système. La longue liste de biens culturels qui figure dans l'annexe au règlement de 1992 et à la directive de 1993 peut toutefois être considérée comme un succès italien. Mais comme l'a fait remarquer M. P. Chiti la participation italienne aux organisations internationales directement intéressées à la thématique des biens culturels (comme l'Unesco et le Conseil de l'Europe) « *est particulièrement active, comme est également important l'appui donné aux associations oeuvrant dans le même domaine comme l'Unidroit* » CHITI (M. P.), "Convenzioni internazionali" in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali op. cit.*, 88-90, 88. Par exemple la convention européenne sur les infractions visant des biens culturels du 23 juin 1985 du Conseil de l'Europe doit beaucoup à l'influence d'un autre grand juriste italien, S. Rodotà.

36. Il s'agit des « *cartes géographiques et des partitions musicales rares et de valeur historique ou artistique* » (article 2 alinéa 2, lettre d) qui correspond au point A. 9 de l'annexe du règlement) ainsi que « *des photographies avec leurs négatifs et leurs matrices rares et de valeur historique ou artistique* » (article 2 alinéa 2, lettre e) qui correspond au point A. 8 de l'annexe du règlement.

Avec ces deux modifications, l'Italie a fait coïncider le champ national des biens susceptibles d'être protégés avec le champ communautaire des biens susceptibles d'être protégés

#### b) La modification du régime de la protection en France et en Italie

A la suite de l'entrée en vigueur du règlement et de la directive communautaires en 1992-1993, la France et l'Italie ont modifié leur droit interne afin de qualifier des catégories entières de biens culturels présents sur leur territoire comme étant des *trésors nationaux* ou des éléments du *patrimoine historique, artistique ou archéologique national* et d'être certains de bénéficier ainsi de la dérogation que l'article 30 TCE ouvre à ces biens.

En Italie, cette qualification, qui demeure implicite, a été réalisée à la suite d'un ensemble complexe de réformes. Dans un premier temps, la loi italienne du 8 août 1972, qui supprima la taxe à l'exportation à la suite des condamnations infligées à l'Italie par la Cour de justice, ne se limita pas à mettre le droit positif italien en conformité avec le droit communautaire <sup>36</sup>. La suppression de la taxe d'exportation entraînait la perte d'un moyen dissuasif de défense envers les exportations d'œuvres d'art à l'étranger, à savoir le coût qu'un tel déplacement occasionnait au propriétaire. Il fallait compenser cette perte. La loi de 1972 modifia également, dans un sens plus restrictif, les critères légaux commandant la délivrance des autorisations d'exportation (article 35 de la loi de 1939) de deux manières. Premièrement, alors qu'avant 1972, l'exportation des « *choses mentionnées à l'article 1 de la loi* » de 1939 était interdite si la sortie du territoire national d'une de ces choses constituait un « *grave dommage (ingente danno) pour le patrimoine historique* », la loi de 1972 supprima le qualificatif « *grave* ». Il en résulta que l'administration d'Etat, bénéficiant d'un pouvoir discrétionnaire plus large, pouvait refuser l'exportation si elle

---

<sup>36</sup> Comme le souligne le premier commentateur de l'article 2 du texte unique, le gouvernement « *a amplement utilisé les marges d'action que lui consentait la délégation* », PITRUZZELLA (G.), "Articolo 2", in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali op. cit.*, 32-37, 35.

<sup>37</sup> Décret-loi du 5 juillet 1972 n. 288, *Nouvelles normes sur l'exportation des choses d'intérêt artistique et archivistique* (...), converti, avec modifications, en loi par la loi du 8 août 1972, n.487.

estimait que la sortie du territoire d'une de ces choses constituait un (simple) dommage au patrimoine national. Par cette suppression l'Italie entendait réduire de manière drastique la sortie d'œuvres d'art de son territoire <sup>38</sup>. Deuxièmement, alors qu'avant 1972 la sortie des biens culturels du territoire italien était interdite si elle constituait un « *grave dommage pour le patrimoine national* » (article 35 de la loi de 1939), la loi de 1972 ajouta que la sortie était interdite si elle constituait un « *dommage pour le patrimoine national historique et culturel* » (c'est nous qui soulignons). Cette modification a eu pour effet de faire approximativement coïncider la formule du droit interne italien avec la formule du droit communautaire de l'article 30 TCE (celle de la version italienne, le « *patrimoine historique, artistique ou archéologique national* »). Dans un second temps, le texte unique créa une servitude légale d'interdiction d'exportation hors du territoire de la République des biens de propriété privée ayant fait l'objet d'une déclaration d'intérêt (article 65), ce qui restreignit le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

En France, la qualification a été réalisée de manière explicite et plus simplement qu'en Italie. L'article 4 de la loi modifiée du 31 décembre 1992 *relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation* et censée adapter le droit français au droit communautaire, attribua la qualification de *trésors nationaux* à toutes les catégories déjà frappées de la servitude d'interdiction d'exportation à la suite d'un classement (article 21 de la loi de 1913, « *l'exportation hors de France des objets classés est interdite* ») ou d'une incorporation aux collections publiques ainsi qu'aux « *autres biens* », c'est-à-dire les biens qui ne sont pas classés et qui ne font pas partie des collections publiques mais « *qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie* ».

## 2) La compatibilité de ces interprétations nationales avec l'interprétation communautaire de l'article 30 TCE

Au moment de la parution du règlement et de la directive, en 1992-1993, des auteurs avaient évoqué la question de la compatibilité avec l'article 30 TCE de mécanismes juridiques nationaux qui assimileraient tous les objets protégés au titre de leur

---

<sup>38</sup> La pratique administrative avait anticipé depuis longtemps déjà cette nouvelle orientation législative. Des siècles d'hémorragie d'œuvres d'art avait rendu l'administration extrêmement sévère. Le nombre élevé de sorties en fraude, réussies ou seulement tentées, le nombre moins élevé mais toujours préoccupant de scandales liés à des autorisations de sortie trop généreusement accordées, ne pouvait masquer que la tendance profonde était au strict verrouillage artistique des frontières. Avant cette réforme, l'adjectif grave n'avait pas été interprété par les uffici esportazione comme permettant de ne retenir que les chefs d'œuvre. Sa présence dans la loi de 1939 n'avait d'ailleurs sans doute pas eu d'autre raison que de "faire passer" le texte auprès des associations d'antiquaires. Sa suppression en 1972 doit donc avant tout se lire, à notre avis, comme une réaction plus symbolique que réellement normative.



législation à des *trésors nationaux* ou à des éléments de leur *patrimoine artistique, historique ou archéologique national*. Ils concluaient que de telles assimilations ne seraient pas compatibles avec le traité. I. Seidl-Hohenveldern estima ainsi que la « *liberté accordée aux Etats (par l'article 30) serait limitée par la CJCE si par exemple un Etat (...) déclarait que tout objet d'art appartenant à une autorité publique faisait partie de son trésor national* »<sup>39</sup>.

Or, on vient de constater que de telles assimilations furent réalisées, explicitement en France (réforme de 1992) et implicitement en Italie (réformes de 1972 renforcées par la réforme de 1999). Placées face aux nouvelles normes communautaires, l'Italie et la France ont montré que le souci de protéger le spectre le plus large possible de biens mobiliers l'avait emporté sur le respect d'une interprétation "raisonnable" de l'article 30 TCE. Le principe de proportionnalité auquel l'utilisation par les Etats membres de la dérogation de l'article 30 est soumise (cf. chapitre 3) sembla dès lors malmené. Mais on peut également estimer que ces volontés nationales de retenir à l'intérieur des frontières le plus grand nombre d'œuvres d'art, sont elles-mêmes des faits culturels anciens qui concourent à dessiner la culture de ces Etats membres dont la Communauté a pour tâche de contribuer à l'épanouissement en vertu de l'article 3 lettre q du TCE. D'ailleurs, n'est-ce pas cette voie tolérante que la Commission suit depuis une dizaine d'années en s'abstenant d'engager des poursuites vis-à-vis des Etats membres sur ce point ?

3) Le refus de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice relative à l'interprétation communautaire de l'article 30 TCE

La France et l'Italie ont toujours été bien conscientes que leur interprétation maximaliste de l'article 30 n'était pas forcément compatible avec une mise en œuvre correcte du traité. C'est sans doute la raison pour laquelle, en dehors des hasards du contentieux, aucune de leurs juridictions n'a jusqu'à présent fait usage du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de la communauté européenne afin de savoir quelle était l'interprétation de la Cour sur ce point.

#### a) Position du problème

---

<sup>39</sup> SEIDL-HOHENVELDERN (I.), "Patrimoine culturel mobilier et marché intérieur de la Communauté européenne", *Etudes de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Bâle/Francfort sur main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, 753-762, 757. F. Rigaux se livre à une réflexion du même ordre mais en utilisant un point de départ différent : « *Il serait assurément incompatible tant avec l'article 30 du traité qu'avec l'article 1 de la directive qu'un Etat membre confère la qualification de trésors nationaux à tous les biens culturels repris dans les catégories énumérées par la liste* », RIGAUX (F.), "Le commerce des œuvres d'art dans le Marché Commun", *art. cit.*, 745.

L'article 234 TCE (ex article 177) permet aux juridictions nationales de renvoyer, avant de statuer et pour statuer, les questions relatives à l'interprétation du traité à la Cour de Justice de la communauté européenne. Le renvoi est une obligation lorsque la « *question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* ». Dans le domaine qui nous intéresse, il suffirait qu'une juridiction nationale, française ou italienne, saisie d'un recours vis-à-vis d'une décision nationale de refus d'exportation d'un bien culturel, renvoie à la Cour une question relative à l'interprétation de l'article 30 TCE, pour savoir si l'interprétation maximaliste que ces deux Etats font de l'article 30 TCE est compatible avec une application correcte du traité.

La question d'un renvoi préjudiciel s'est posée, pour la première fois, en France à propos de l'affaire *Sieur de Talleyrand-Périgord* de 1969 qu'on a déjà évoquée. Le requérant n'avait pas saisi le Conseil d'Etat d'une demande de renvoi préjudiciel. Dans ses conclusions sur cette affaire, le Commissaire du gouvernement Kahn regrettait donc qu'il ne soit pas possible « *de donner à la Cour de Justice des communautés une aussi belle occasion de statuer sur le renvoi du Conseil* ». Ce faisant, il supposait que le renvoi préjudiciel n'était pas une procédure d'ordre public sinon, vu l'« *aussi belle occasion* », il n'aurait pas manqué d'indiquer cette obligation à la formation de jugement <sup>40</sup>. Il est vrai qu'à l'époque de l'affaire, en 1969, des incertitudes pouvaient peser sur le caractère d'ordre public du renvoi qui n'était pas affirmé explicitement par le traité. Mais deux ans après, en 1971, dans une décision *Salonié*, la Cour de justice balaya toutes les incertitudes en affirmant explicitement ce caractère <sup>41</sup>.

#### b) Le refus de renvoi préjudiciel en France

En France, certaines décisions plus récentes du Conseil d'Etat laissent apparaître que la Haute juridiction s'est posée la question du renvoi préjudiciel <sup>42</sup>. Il s'agit de décisions rendues alors que la loi de 1941-1944 était en vigueur mais ce qu'elles enseignent est toujours valable car, comme on l'a vu, la loi de 1992 remplace certes la loi

---

<sup>40</sup> Néanmoins, l'hypothèse du renvoi préjudiciel était purement académique car l'affaire *Sieur de Talleyrand-Périgord* ne portait pas, ainsi que le Conseil d'Etat l'a reconnu, sur une question de refus d'autorisation d'exportation mais de réexportation après importation temporaire et sortait donc du champ d'application de la loi du 21 juin 1941-1944. Dans un tel contexte le renvoi préjudiciel n'était pas envisageable *ab initio*.

<sup>41</sup> CJCE, 16 juin 1971, *Salonié*, 1453

<sup>42</sup> L'étude de la position des juridictions italiennes n'a pas été possible car non seulement il n'a pas été retrouvé de décision faisant référence au renvoi préjudiciel en matière de contentieux de l'exportation des biens culturels, mais il n'a pas non plus été retrouvé de contentieux relatif aux décisions de refus d'exportation tout court.

de 1941-1944 mais elle suit sa logique. Lorsque la loi de 1941-1944 était en vigueur, il existait en France deux régimes d'exportation des biens culturels en fonction de la qualité juridique des biens (on retrouve le double mécanisme à l'article 4 de la loi de 1992). Les biens de propriété privée non classés devaient faire l'objet d'une autorisation administrative (article 1 de la loi de 1941-1944). Les biens classés ou appartenant aux collections publiques se voyaient appliquer une servitude légale d'interdiction d'exportation (article 21 de la loi de 1913). Comme ces deux régimes s'appuyaient sur des fondements légaux différents (la loi de 1941-1944 d'une part et la loi de 1913 d'autre part), chacun a généré un contentieux propre. C'est donc en fonction de chacun de ces contentieux et non pas en général que la question du renvoi préjudiciel doit être étudiée.

Le Conseil d'Etat refusa de poser la question préjudicielle à la Cour en cas de refus d'exportation découlant d'une décision administrative. L'affaire *Genty*, tranchée en 1987, illustre très clairement l'attitude du juge français <sup>43</sup>. Dans cette affaire, les requérants avaient demandé au Conseil d'Etat de se prononcer sur une décision de refus d'exportation d'une jarre chinoise, qui n'était pas classée, et de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle sur la compatibilité de la notion française *d'intérêt national d'histoire ou d'art* permettant à l'administration d'interdire l'exportation, avec la notion communautaire de *trésor national* <sup>44</sup> et plus précisément encore de se prononcer sur la circonstance qu'un objet d'art d'origine étrangère, se trouvant en France, interdisait ou non de le traiter comme un trésor national français, autrement dit si cette extranéité permettait ou non de mettre en œuvre la dérogation de l'article 30 pour empêcher sa sortie du territoire. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement O. Van Ruymbeke a fait appel à la théorie de l'acte clair qui selon E. Lafférière n'oblige le juge devant lequel est soulevée une exception préjudicielle à ne renvoyer celle-ci à la juridiction compétente que s'il existe une difficulté réelle d'interprétation, et lui permet, si le sens de l'acte est clair, de l'appliquer immédiatement <sup>45</sup>. Le commissaire du gouvernement ne demandait pas autre chose au Conseil d'Etat que d'appliquer sa jurisprudence dégagée dans l'affaire *Société des Pétroles Shell Berre* de 1964 <sup>46</sup>, par laquelle la théorie de l'acte clair a été reçue et appliquée par le

<sup>43</sup> CE, 7 octobre 1987, *Ministère de la culture c. Consorts Genty*, RFDA, 1988, 858, concl. O. VAN RUYMBEKE.

<sup>44</sup> VOUDOURI (D.), "Circulation et protection des biens culturels dans l'Europe sans frontières", *art. cit.*, 486.

<sup>45</sup> LAFFERIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative*, 2<sup>e</sup> ed., 1896, 498.

<sup>46</sup> CE, 19 juin 1964, *Société des Pétroles Shell Berre*, 344, RDP, 1964, 1019, concl. N. QUESTIAUX : « une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne (...) n'est tenue de surseoir à statuer sur une affaire pendante devant elle et de saisir la Cour de Justice (...) que si une 'question' relative à l'interprétation du traité est soulevée dans cette affaire (...) ; il ne saurait en être ainsi que dans le cas où il existe un

Conseil d'Etat vis-à-vis du renvoi préjudiciel à la Cour de Justice. Et, en l'espèce, le commissaire du gouvernement estimait que l'article 30 TCE était clair et que la compatibilité de la loi de 1941 avec cet article du traité était acquise car selon lui : « *les deux notions sont bien identiques bien que la première puisse apparaître plus restrictive : la rédaction d'un traité est souvent plus concise que celle d'une loi et doit tenir compte des multiples traductions du texte* ». Le Conseil d'Etat suivit son commissaire du gouvernement et n'estima pas nécessaire de demander une décision préjudicielle à la Cour de justice. Une telle attitude est critiquable. G. Isaac a déjà eu l'occasion de juger que « *le Conseil d'Etat fait une application trop souvent abusive de la théorie de l'acte clair, dont il se sert comme d'un prétexte pour retenir plus ou moins systématiquement certaines questions et faire prévaloir sa propre interprétation du droit communautaire* »<sup>47</sup>.

Le Conseil refusa également de poser la question préjudicielle à la Cour dans les cas où le refus d'exportation découlait d'une servitude légale. Prenons l'exemple de l'affaire *Walter* tranchée par le Conseil d'Etat en 1992. Cette affaire aurait pu donner lieu à une question préjudicielle du Conseil d'Etat à la Cour de Justice, même si les requérants n'avaient pas fait une demande en ce sens, en fonction du caractère d'ordre public de ce renvoi. Le Conseil d'Etat n'en a rien fait. Son raisonnement a été le suivant. Le requérant demandait l'annulation de la décision classant le tableau de Van Gogh qu'il possédait (le *Jardin à Auvers*) parmi les monuments historiques et, par voie de conséquence, l'annulation du refus d'exportation de ce tableau hors de France. Le Conseil d'Etat a jugé que, le classement étant régulier, l'article 21 de la loi de 1913, « *l'exportation hors de France des objets classés est interdite* », s'appliquait *ipso jure* (et conférait implicitement au tableau le caractère de trésor national). Le Conseil d'Etat aurait très bien pu poser la question préjudicielle de la compatibilité de l'article 21 de la loi de 1913, qui interdit l'exportation de tous les objets classés, avec l'exception de l'article 30 TCE. Mais il n'a vraisemblablement pas voulu revenir sur sa précédente décision *Genty* dans laquelle il qualifiait l'article 30 TCE d'"acte clair". La raison pour laquelle il ne l'a pas fait pourrait également être le rang légal de la servitude d'interdiction d'exportation. Mais cette autre raison possible ne convainc pas. Premièrement, il importe peu au droit communautaire que l'interdiction d'exportation provienne d'une décision administrative ou bien d'une servitude légale s'appliquant automatiquement à un ensemble de biens répondant à

---

doute sur le sens ou la portée d'une ou plusieurs clauses du traité applicables au litige et si, de la solution de cette difficulté, dépend l'issue du litige ».

<sup>47</sup> ISAAC (G.), *Droit communautaire général*, Masson, 3<sup>e</sup> ed. 1992, 294.

certaines conditions. Deuxièmement, le Conseil d'Etat aurait lui-même pu trancher la question de la conventionnalité de l'article 21 de la loi de 1913 par rapport au traité. Quoiqu'il en soit, il est clair que le Conseil a, là encore, cherché à éviter la confrontation entre l'interprétation nationale et l'interprétation communautaire de l'article 30.

#### **B. L'affirmation des compétences normatives conservées face aux revendications des instances infra nationales en Italie**

Cette affirmation prend généralement des formes positives (1). Mais il n'est pas exclu qu'elle puisse également prendre des formes négatives ou de blocage (2).

##### **1) L'affirmation positive des compétences normatives conservées**

L'affirmation positive s'est tout d'abord exprimée par des réserves de loi de l'Etat (a) puis par l'attribution constitutionnelle de la *tutela* des biens culturels au seul législateur national (b).

##### **a) L'affirmation légale de réserves de loi de l'Etat dans le domaine de la définition des biens culturels**

Le droit italien a créé deux réserves de lois relatives à la création de nouvelles catégories de biens culturels susceptibles d'être protégés.

La première est issue du décret législatif du 31 mars 1998 n.112 de 1998. Ce décret législatif transfère certaines compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels de l'Etat aux régions et aux collectivités locales. Il donne à l'article 148 deux définitions des biens culturels (alinéa 1 lettre a). La première définition reprend, en la modifiant légèrement, la définition qui résultait des textes qui étaient alors en vigueur, principalement la loi de 1939. Selon cette définition, sont des biens culturels « *les biens qui composent le patrimoine historique, artistique, monumental, démo-ethno-anthropologique, archéologique, archivistique et livresque* ». La seconde définition introduit en revanche un élément nouveau et représente une grande innovation quant au droit substantiel car, selon elle, sont également des biens culturels, les biens « *qui constituent un témoignage ayant valeur de civilisation* ». C'est cette seconde définition qui nous intéresse, car le décret législatif ajoute, et là réside la réserve de loi, que des biens ne peuvent être des biens culturels en raison de *leur témoignage ayant valeur de civilisation* que s'ils ont été ainsi déterminés « *in basa alla legge* », c'est-à-dire par la loi.

La seconde réserve de loi a été créée par le texte unique, mais d'une certaine façon elle ne fait que reprendre la précédente. Le texte unique a déterminé les catégories de biens qu'il considère comme biens culturels (articles 2 et 3). Il ajoute que les biens non compris dans ces catégories, « *sont déterminées par la loi comme biens culturels en tant que témoignage ayant valeur de civilisation* » (article 4).

En créant ces deux réserves de loi, le législateur délégué de 1998 et le législateur de 1999 ont affirmé que seule la loi pourra, dans le futur, créer d'autres catégories de biens culturels. Cette réserve de loi appelle quatre observations. Premièrement, elle approfondit le mécanisme de la qualification légale <sup>48</sup>. Deuxièmement, elle illustre, à un point paroxystique, la volonté législative de maîtriser l'avenir, analysée par F. Ost sous le nom de paradigme du temps prométhéen, selon lequel « *les lois et les codes (...) anticipant un état de choses possible et censé meilleur impliquent (...) une temporalité orientée vers un futur maîtrisé* » <sup>49</sup>. Pourquoi paroxystique ? Parce que la loi actuelle entend déterminer les choix du législateur futur. Toutefois, troisième observation, cet article est de nature à exclure la reconnaissance de nouvelles catégories par les autorités autres que le législateur que sont les administrations (nationales ou régionales) ou même le juge. A ces dernières est ainsi par avance dénié tout pouvoir d'appréciation autonome en la matière. Quatrièmement, ces réserves de loi sont néanmoins paradoxales car elles sont créées par la loi elle-même. Pour faire dépendre une matière de la compétence exclusive du législateur, et, conséquemment pour la retirer de la compétence d'autorités potentiellement capables de l'exercer (l'exécutif), il aurait fallu que les réserves de loi soient prévues par la Constitution et non par la loi. Par conséquent, ces réserves de loi légales ne sont que des déclarations d'intention qui ne peuvent lier les choix et les votes des législateurs successifs.

b) L'affirmation constitutionnelle de la compétence normative exclusive de l'Etat en matière de *tutela* des biens culturels

La loi constitutionnelle du 18 octobre 2001 relative à la réforme du titre V de la seconde partie de la Constitution attribua, comme on l'a vu, certaines co-compétences normatives aux régions en matière de biens culturels. Les nouvelles compétences normatives des régions en matière de biens culturels ont été étudiées au chapitre 3.

---

<sup>48</sup> Cf. chapitre 1. Selon ce mécanisme, c'est la loi qui qualifie *a priori* un bien de bien culturel, l'acte administratif n'intervenant, le cas échéant, que pour confirmer cette qualification.

<sup>49</sup> OST (F.), "Les multiples temps du droit", in *Le droit et le futur*, Paris, 1985, 130.

Ce sur quoi on veut insister ici c'est que le nouvel article 117 de la constitution, qui énumère « *les matières dans lesquelles l'Etat dispose de la législation exclusive* », place parmi ces dernières « *la tutela (...) des biens culturels* » (lettre s). Cet article illustre l'attitude réactive de l'Etat, qu'on voit se dessiner depuis la fin des années 1990. Il abandonne (en partie seulement) de certains domaines qu'il estime secondaires comme la mise en valeur ou la gestion des biens culturels, pour se replier sur l'essentiel que constitue la *tutela*. Pour affirmer cette attitude et lui donner un degré de lisibilité particulièrement élevé, le constituant n'a pas hésité à créer une exception constitutionnelle <sup>50</sup>. En effet, la répartition de compétence normative en fonction des deux aspects d'une même matière, la *tutela* d'un côté et toutes les autres activités relatives aux biens culturels de l'autre, est unique dans la Constitution italienne. Dans toutes les autres répartitions, le critère répartiteur des compétences normatives entre l'Etat et les régions est celui du bloc de matière qui est attribué soit à l'Etat soit aux Régions mais jamais une partie d'une matière est remise à l'un et l'autre partie aux autres. Il y a bien des cas dans lesquels les matières sont divisées. Mais cette division relève d'une toute autre logique. Il s'agit des compétences concurrentes entre l'Etat et les Régions, dans lequel la détermination des principes fondamentaux est remise au législateur national et la détermination de la législation proprement dite est remise aux régions. C'est la situation dans laquelle se trouve la compétence normative relative à toutes les activités liées aux biens culturels qui ne relèvent pas de la *tutela*.

## 2) La possible affirmation négative des compétences normatives conservées par l'Etat

L'affirmation négative des compétences normatives conservées par l'Etat pourrait advenir dans les cas où les textes répartiteurs de compétence (la Constitution pour l'Italie et l'accord de Nouméa pour la France) n'ont pas procédé eux-mêmes à ces transferts mais les ont fait au contraire dépendre d'une décision discrétionnaire de l'Etat. Dans ces cas, l'Etat pourrait refuser de prendre la décision de transférer les compétences prévues pour protéger ses propres compétences.

Ces cas sont au nombre de trois, deux italiens et un français. Le premier concerne un possible transfert de compétence normative première en matière de *tutela* vers les régions (a) le second un possible transfert de compétence normative seconde toujours en matière de *tutela* vers les régions (b) et le troisième un possible transfert de compétence

---

<sup>50</sup> POGGI (A.), "Dopo la revisione costituzionale : i beni culturali e gli scogli del 'decentramento possibile'", *Aedon*, 2002, n.1, 1.

normative première vers la Nouvelle-Calédonie (c). On verra ensuite comment ces pouvoirs de blocage peuvent être analysés (d).

a) Le transfert possible de compétences législatives en matière de *tutela* vers les régions

Le dernier alinéa du nouvel article 116 de la Constitution permet à l'Etat, d'attribuer à certaines régions « *d'ultérieures et particulières conditions d'autonomie en matière de tutela des biens culturels* ».

L'initiative de ces transferts relève certes les régions, mais la Constitution précise que le projet définitif de transfert, celui qui doit être soumis au vote à la majorité absolue des deux chambres du Parlement, doit advenir « *sur le fondement d'une entente entre l'Etat et la région intéressée* ». L'Etat pourrait alors bloquer les projets de transfert en refusant de passer avec les régions les ententes qu'exigent la Constitution. Aucune disposition constitutionnelle ne permettant de passer outre à l'accord de l'Etat, seule la Cour constitutionnelle pourrait sans doute vérifier si le refus de l'Etat n'est pas manifestement infondé.

b) Le transfert possible de compétences réglementaires en matière de *tutela* vers les Régions

Le nouvel article 117 de la Constitution, issu de la réforme de 2001, autorise « *l'Etat à déléguer aux régions sa compétence réglementaire sur les matières de compétence exclusive* » (alinéa 6). La *tutela* étant une matière exclusive de l'Etat, ce dernier dispose désormais du pouvoir discrétionnaire de déléguer la compétence réglementaire qu'il exerce dans cette matière aux régions.

La marge de pouvoir discrétionnaire que la Constitution laisse à l'Etat est sans doute encore plus large que la précédente. En effet, ici la décision de l'Etat n'est enserrée dans aucune procédure particulière. Aucun rôle n'est attribué aux régions. Celles-ci peuvent bien entendu demander à l'Etat de procéder à la délégation de compétence réglementaire à leur profit mais il ne semble pas que l'Etat ait d'autre obligation que de prendre la demande en compte. L'Etat devrait toutefois se sentir plus lié si, un jour, les compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de *tutela* des biens culturels (les fonctions administratives italiennes) sont attribuées aux régions comme l'article 118 en pose le principe (cf. chapitre 3). Ce transfert est peu probable dans l'immédiat. Quoi qu'il en soit, s'il est réalisé, l'Etat pourrait difficilement éluder la question de la délégation de pouvoir réglementaire en matière *tutela* car, comme le rappelle



M. Cammelli, « *le pouvoir réglementaire est un attribut toujours nécessairement connexe à la mise en œuvre de fonctions administratives* »<sup>51</sup>.

c) Le possible transfert de compétence normative première vers la Nouvelle-Calédonie

On a vu au chapitre 3 qu'un accord avait été signé à Nouméa entre la France et la Nouvelle-Calédonie le 5 mai 1998 au terme duquel cette ancienne colonie et ancien territoire d'outre mer, devenait un pays à souveraineté partagée<sup>52</sup>.

On a également vu que cet accord prévoyait un *accord particulier* d'application portant sur un champ encore mal déterminé de questions relatives au patrimoine culturel relatif à « *l'ensemble des questions relatives au patrimoine culturel* »<sup>53</sup>. Mais l'accord de Nouméa ne dit pas que l'Etat et la Nouvelle-Calédonie vont ou doivent conclure cet accord particulier ; il dit que « *l'Etat proposera à la Nouvelle-Calédonie de (le) conclure* » (point 1.3.5). La différence est de taille. L'Etat dispose du pouvoir discrétionnaire de décider si oui ou non un tel accord peut être négocié et conclu. La Nouvelle-Calédonie ne dispose d'aucun pouvoir particulier lui permettant de forcer l'Etat à la négociation.

d) Analyse de ces pouvoirs de blocage de l'Etat

Ces pouvoirs de blocage de l'Etat correspondent assez bien au phénomène de *relevance* d'un droit sur un autre décrite par S. Romano, l'un des plus grands théoriciens du pluralisme juridique, dans son célèbre *Ordre juridique*. Selon cet auteur, la notion de *relevance* désigne les situations dans lesquelles « *l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre juridique doit être conforme aux conditions mises par un autre ordre* »<sup>54</sup>. Selon les précisions apportées par P. Francescakis, auteur de l'Introduction à l'édition française de l'*Ordre juridique*, la *relevance* d'un ordre juridique sur un autre a « *non pas le sens vague qu'un ordre 'importe' à un autre, mais celui que, d'une manière ou d'une autre qui restent à préciser, un ordre tient ou non compte de l'existence d'un autre* »<sup>55</sup>. Dans

---

<sup>51</sup> CAMMELLI (M.), "Il nuovo Titolo V della Costituzione e finanziaria 2002 : note", *art. cit.*, 2.

<sup>52</sup> *JORF*, n.121, 27 mai 1998.

<sup>53</sup> On pense pour notre part qu'il s'agit d'un champ très large, regroupant toutes les questions relatives au patrimoine culturel. Les arguments ont été avancés au chapitre 3.

<sup>54</sup> ROMANO (S.), *L'ordre juridique op.cit.*, 109. A la suite de certains auteurs, comme J. Moret-Bailly, qui ont récemment revisité les notions d'ordre juridique et de pluralisme juridique, on estime qu'il est possible d'utiliser la notion romane de *relevance* pour analyser le droit positif sans pour autant raisonner en termes d'ordre juridique, cf. MORET-BAILLY (J.), "Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques", *Droits*, 2002, 195-206, 202. Pour notre part, cela n'implique aucune prise de position sur la validité de la notion d'ordre juridique. On se borne à ne pas l'utiliser.

<sup>55</sup> FRANCESCAKIS (P.), "Introduction" à ROMANO (S.), *L'ordre juridique, op. cit.*, X-XI.

les trois cas qu'on vient de passer en revue de possible affirmation négative des compétences normatives conservées par l'Etat, il est clair que l'Etat exerce une relevance sur les normes régionales et que cette relevance porte sur l'existence même de ces normes.

En dehors même de toute décision discrétionnaire de refus de la part de l'Etat, tout risque de résistance passive de la part de l'Etat, qui refuserait ou retarderait la discussion des projets de lois relatifs à ces projets devant le Parlement, n'est pas exclu. Cette attitude serait peu conforme à l'esprit de la constitution et pourrait sans doute faire l'objet d'un recours constitutionnel. Elle pourrait néanmoins couper court, en tant qu'arme ultime, à toute tentative de législation régionale les domaines constitutionnellement reconnus. Dans le schéma constitutionnel précédent des lois de l'Etat devaient établir des principes fondamentaux dans les limites desquels les régions pouvaient adopter leurs propres normes dans les matières énumérées à l'ancien article 117. On l'a déjà dit, ces lois ne sont jamais intervenues et lorsque le législateur national, enfin décidé à mettre en œuvre les mécanismes prévus par la Constitution, a voulu que les régions puissent utiliser les compétences normatives que leur fixait l'ancien article 117, il a procédé à un tour de passe-passe en déclarant que les principes fondamentaux se déduisaient des lois en vigueur (article 17 de la loi du 16 mai 1970). Il n'est pas exclu que le législateur national d'aujourd'hui soit tout aussi passif. Le gouvernement a assuré que, pour éviter tout risque de ce genre, il adopterait les principes fondamentaux exigés par le texte constitutionnel par décret législatif. Pour une large partie de la doctrine, le remède serait pire que le mal <sup>56</sup>. Nombreux sont les auteurs qui estiment en effet que ces principes fondamentaux relèvent du législateur en son nom propre et qu'une réserve de loi parlementaire devrait lui être reconnue pour l'empêcher de déléguer cette compétence au gouvernement.

M. P. Chiti a observé qu'on « *ne devrait pas (...) défendre avec obstination des compétences irrémédiablement perdues, mais plutôt intervenir (...) dans les larges espaces que la directive laisse clairement aux Etats membres* » <sup>57</sup>. L'observation ne concernait que les rapports avec le droit communautaire mais peut sans difficulté être étendue aux autres domaines de concurrence normative. L'Etat a en effet cherché à intervenir dans les espaces normatifs qui lui restaient ouverts. En d'autres termes il a approfondi les compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels qu'il conservait.

---

<sup>56</sup> POGGI (A.), "Dopo la revisione costituzionale : i beni culturali e gli scogli del 'decentramento possibile'", *art. cit.*

<sup>57</sup> CHITI (M.P.), "Circolazione e tutela dei beni culturali in ambito comunitario", CHITI (M.P.) a cura di, *Beni culturali e comunità europea*, Quaderni della rivista di diritto pubblico comunitario, Giuffrè, 1994, 141-169, 162.

## **Section 2 L'approfondissement des compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels conservés**

L'autre facette de la crispation normative de l'Etat fut l'approfondissement des compétences normatives conservées. On a vu (chapitre 1) que l'Etat, pour des raisons diverses, n'avait pas pleinement utilisé les compétences normatives qui étaient les siennes. Plus précisément, il n'avait pas profondément "normatisé" le champ sur lequel il s'était créé un monopole normatif. La faible densité normative de ce champ eut pour effet de multiplier les attributions implicites d'espaces de pouvoir discrétionnaire à l'administration d'Etat. Il en résulta un phénomène déjà amplement décrit, celui de l'adoption par l'administration d'Etat des actes para-normatifs nécessaires pour organiser son propre travail d'application des critères légaux. Toléré et même encouragé tant qu'il était le fait de l'administration d'Etat, ce phénomène était redouté s'il devenait celui des instances infra nationales, ce qui ne pouvait toutefois pas manquer de se produire lorsque des compétences d'application des lois de l'Etat leur étaient attribuées, à critères légaux constants. Face au caractère inéluctable de ces transferts de détermination concrète, l'Etat a réagi en intensifiant la "normatisation" des compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels qu'il conservait. Cette intensification a pris la forme d'un approfondissement des critères légaux, c'est-à-dire d'un approfondissement de l'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels (§ 1) et d'un renforcement des mécanismes d'encadrement de la mise en œuvre de ces mêmes critères légaux par l'Etat, c'est-à-dire d'un renforcement de l'encadrement par l'Etat des compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels (§ 2).

### ***§ 1 L'approfondissement de l'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels***

Cet approfondissement s'observe surtout en ce qui concerne les normes premières (A.). On le repère également en ce qui concerne les normes secondes (B.).

## A. L'approfondissement de l'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels par des normes premières

L'approfondissement résulte principalement de l'accroissement des définitions légales relatives aux biens culturels (1) et du phénomène de codification du droit des biens culturels (2).

### 1) L'accroissement des définitions légales relatives aux biens culturels

On a vu chapitre 1 que les grandes lois nationales relatives à la protection des biens culturels, la loi de 1913 en France et la loi de 1909-1939 en Italie, étaient pauvres en définitions et que cette pauvreté a contribué à créer un espace "normatisable" implicitement laissé à l'administration. L'accroissement des définitions légales qu'on rencontre en Italie et dans une moindre mesure en France, s'inscrit bien dans le cadre de cette reprise en main normative de la part de l'Etat. En Italie, des définitions légales de notions liées à la protection sont apparues avec les réformes qu'a connues le droit italien des biens culturels à la fin des années 1990.

L'article 148 du décret législatif du 31 mars 1998 n°112 définit des notions aussi importantes que la *tutela*, la gestion, la valorisation et la promotion<sup>58</sup>. Il donne surtout deux définitions des biens culturels qu'on a déjà évoquées. Ces définitions ont été critiquées. La doctrine ne les a pas jugées insatisfaisantes ni même utilisables puisque circulaires<sup>59</sup>. Le décret législatif du 20 octobre 1998 n.368 relatif à la nouvelle organisation du ministère des biens et des activités culturels y renvoie pourtant : « *les définitions données par l'article du 148 décret législatif du 31 mars 1998 n.112 s'appliquent au présent décret* » (article 1 alinéa 2). Mais le texte unique ne les reprend pas. Il n'y fait même aucune référence<sup>60</sup>. Dans le fond, ces définitions paraissent n'avoir été élaborées que pour faciliter la répartition des compétences patrimoniales entre l'Etat et les régions. Leur application à l'ensemble du droit des biens culturels semble plus délicate.

---

<sup>58</sup> La *tutela* est : « toute activité tendant à reconnaître, conserver et protéger les biens culturels » ; la gestion : « toute activité tendant, par le biais de l'organisation des ressources humaines et matérielles, à assurer la jouissance des biens culturels, en concourant à la poursuite des finalités de tutela et de valorisation » ; la valorisation : « toute activité tendant à améliorer les conditions de connaissance et de conservation des biens culturels et à en augmenter la jouissance » ; et la promotion : « toute activité tendant à susciter et à soutenir les activités culturelles ».

<sup>59</sup> CASSESE (S.), "I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione", *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, 673-675, 674 et CHITI (M.P.), "La nuova nozione di 'beni culturali' nel decreto legislativo n.112/1998 : prime note esegetiche", *Aedon*, 1999.

<sup>60</sup> L'article 11 du texte unique ne fait référence qu'à la répartition des compétences entre l'Etat et les régions issues du décret législatif .112.

De son côté, le texte unique de 1999 propose la définition d'une autre notion relative à la protection, celle de restauration (article 34) <sup>61</sup>.

En France, des lois récentes se sont également efforcées de définir les notions liées à la protection dont elles étaient porteuses. Mais ces définitions sont tout de même moins nombreuses et moins systématiques qu'en Italie. La différence s'explique sans doute par le fait que la France n'a pas eu à organiser une répartition de la matière « biens culturels » entre l'Etat et les régions, répartition qui nécessite toujours une explicitation des transferts envisagés. Signalons la définition des biens culturels maritimes par la loi sur les biens culturels maritimes du 1<sup>er</sup> décembre 1989, la définition de l'archéologie préventive par la loi du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive <sup>62</sup> et la définition des musées par la loi du 4 janvier 2002 relative aux musées de France <sup>63</sup>.

## 2) La réalisation d'un texte unique en Italie

La fragmentation normative en matière de biens culturels a longtemps été élevée en France et en Italie. En effet, à la suite des deux grandes lois de 1913 et 1909-1939, de très nombreux textes ont été adoptés dans ce domaine par le législateur. Certains modifiaient ces lois. En France, la loi de 1913 a ainsi fait l'objet d'une vingtaine de modifications au cours de son existence quasi séculaire. En Italie, la loi de 1939 a été modifiée une demi-douzaine de fois. Mais d'autres textes ont créé des normes qui, tout en ayant toujours les biens culturels pour objet, ne sont pas forcément reliés à ces lois. L'inflation a été forte. La compilation italienne, réalisée en 1994-1995 par un éditeur privé des principaux textes en vigueur en matière de biens culturels a abouti à un ouvrage de plusieurs centaines de pages <sup>64</sup>. La compilation réalisée en France par les *Journaux officiels*, sous le titre *Protection du patrimoine historique et esthétique de la France*, n'est pas moins volumineuse <sup>65</sup>. Il est vrai que les deux compilations n'intégraient pas seulement les textes législatifs mais

---

<sup>61</sup> La restauration est l'« intervention directe sur la chose qui a pour but d'en maintenir l'intégrité matérielle et d'assurer la conservation et la protection de ses valeurs culturelles ».

<sup>62</sup> L'archéologie préventive « a pour objet d'assurer, à terre et sous les eaux, dans les délais appropriés, la détection, la conservation ou la sauvegarde par l'étude scientifique des éléments du patrimoine archéologique affectés ou susceptibles d'être affectés par les travaux publics ou privés concourant à l'aménagement. Elle a également pour objet l'interprétation et la diffusion des résultats obtenus » (article 1).

<sup>63</sup> « Est considérée comme musée, au sens de la présente loi, toute collection permanente composée de biens dont la conservation et la présentation revêtent un intérêt public et organisée en vue de la connaissance, de l'éducation et du plaisir du public » (article 1<sup>er</sup>), *JORF*, 5 janvier 2002, 305.

<sup>64</sup> MAZZITTI (W.), NERO CARUGNO (G.), ZUCHELLI (C.) (A cura di), *Codice dei beni culturali annotato con la giurisprudenza*, Maggioli, 1994.

<sup>65</sup> JOURNAUX OFFICIELS, *Protection du patrimoine historique et esthétique de la France. Textes législatifs et réglementaires*, recueil n°1345, Paris, 1997, 811.

également de nombreuses dispositions de nature réglementaire et parfois même de simples décisions administratives.

La fragmentation normative de la matière a eu pour effet de renforcer la position des autorités chargées d'appliquer ces normes et d'accroître encore leur pouvoir d'interprétation au point d'en faire un pouvoir normatif qui ne dit pas son nom, un pouvoir para-normatif selon notre terminologie. Les tentatives de codification de la matière, menée à terme en Italie, inachevée en France, représentent un effort certain de reprise en main normative. En ce sens, M. Cammelli a proposé de lire le texte unique comme une tentative du législateur de «*recupérer la part de décisions cédées à l'interprète*»<sup>66</sup>.

Le *texte unique des dispositions législatives en matière de biens culturels et environnementaux* a été adopté par le décret législatif du 29 octobre 1999 n.490. Ce n'est pas un code. En droit français, on dirait qu'il s'agit d'une codification à droit constant, dans laquelle aucune disposition relevant du code *rationae materiae* n'a été introduite ni retranchée. Le droit italien parle plutôt de systématisation car le texte unique n'est que la réunion et l'ordonnancement de toutes les dispositions législatives en vigueur dans une matière. Le texte unique a été adopté par le gouvernement sur délégation du législateur. La procédure d'adoption des décrets législatifs est prévue par l'article 76 de la Constitution : «*l'exercice de la fonction législative ne peut être délégué au gouvernement que pour autant qu'aient été définis les principes et les directives de cette délégation et seulement pour une durée limitée et pour des objets définis*». Les principes et directives ont été fixés par la loi de délégation du 8 octobre 1997 n.352 *dispositions sur les biens culturels* (article 1). Ils demandaient au gouvernement «*de réunir et d'ordonner dans un texte unique toutes les dispositions législatives en matière de biens culturels*». Le gouvernement ne devait apporter «*que les modifications nécessaires à la coordination formelle et substantielle des dispositions législatives en vigueur ainsi que celles nécessaires à la réorganisation des procédures d'adoption des actes administratifs liés à ces dispositions*» (article 1). A la différence des décrets-lois, la Constitution n'impose pas que les décrets législatifs soient approuvés par le Parlement. Néanmoins des dispositions législatives (comme par exemple l'article 14 de la loi du 23 août 1988 n.400) ont imposé au gouvernement de prendre l'avis des commissions parlementaires compétentes ainsi que l'avis de nombreux organes consultatifs nationaux. Ces avis ne sont évidemment pas conformes. Le gouvernement a bien

---

<sup>66</sup> CAMMELLI (M.), "La semplificazione normativa alla prova: il testo dei beni culturali e ambientali", in CAMMELLI (M.) (ed.), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali op. cit.*, 7-25, 7.

entendu procédé à toutes les consultations prévues : celle des commissions parlementaires, celle de la conférence unifiée Etat-régions-villes et autonomies locales, celle du Conseil national des biens culturels et celle du Conseil d'Etat. Il a parfois modifié son projet pour tenir compte de tel ou tel avis exprimé. Ainsi l'article 20 qu'on a analysé à la section précédente, traitant des rapports entre le droit international et le droit communautaire d'une part et le droit interne d'autre part, a-t-il été introduit sur l'insistance des commissions parlementaires.

Le texte unique opère une triple reprise en main normative. La première est liée à la nature même des textes uniques, la seconde est de nature substantielle et la troisième de nature procédurale.

Premièrement, la doctrine italienne a depuis longtemps montré que l'élaboration d'un texte unique n'était pas une opération neutre du point de vue normatif. Dès 1940, Esposito remarquait qu'un « *texte unique, en substituant une loi unitaire à une multiplicité de lois, ne peut que comporter des divergences par rapport au droit préexistant* »<sup>67</sup>. Le texte unique entraîne toujours une plus-value normative. Un exemple très net de ce phénomène est donné par l'incorporation au cœur du texte unique des dispositions législatives relatives à l'adoption des actes administratifs issues de la loi du 7 août 1990 n.241. L'article 7 de cette loi prévoit que les autorités qui envisagent d'adopter un acte administratif doivent informer les destinataires de cet acte au moyen d'une déclaration. Cette déclaration doit fournir toutes les indications nécessaires sur l'acte et ses effets et indiquer au destinataire le délai dans lequel il peut présenter ses observations à l'administration. Lorsque la loi de 1990 a été adoptée, une partie de la doctrine et de la jurisprudence ont estimé que les dispositions de l'article 7 ne s'appliquaient pas aux actes par lesquels l'administration des biens culturels confirmait l'intérêt public que revêtaient des biens au moyen de ce qui était alors appelé une « notification d'intérêt » et que l'adoption de ces actes continuait à obéir à une procédure d'adoption propre, fixée par la loi de 1939. L'incorporation de l'article 7 de la loi de 1990 dans le texte unique (à l'article 7) lève toutes les incertitudes et ramène à la procédure d'adoption des actes de notification,

---

<sup>67</sup> ESPOSITO, "Testi unici", *NDI*, XII, pt.II, 1940, 181. Cette conception est partagée par la doctrine postérieure : CARLASSARE CALANI (L.), "Sulla natura dei testi unici", *RTDP*, 1961, 43-96 ; CHELI (E.), "Testo unico", *NssDI*, XIX, 1973, 305 ss.

rebaptisés « déclarations d'intérêt », à la procédure commune d'adoption des actes administratifs <sup>68</sup>.

Deuxièmement, la reprise en main normative est également de nature substantielle car le texte unique a introduit des dispositions nouvelles au titre des « *modifications nécessaires à la coordination substantielle des dispositions législatives en vigueur* » prévues par la loi de délégation de 1997. C'est le cas avec l'introduction d'une définition de la restauration qui n'existait nulle part ailleurs auparavant (article 34, déjà citée).

Troisièmement, la reprise en main normative est en outre de nature procédurale. La loi de délégation du 8 octobre 1997 a prévu le mécanisme suivant de révision du texte unique: « *Le texte unique pourra être mis à jour à partir d'un délai de trois ans après son entrée en vigueur en suivant la même procédure (que celle indiquée ci-dessus pour son adoption)* » (article 1 alinéa 4). Certes, la décision de mettre à jour le texte unique relève du pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Mais une fois la décision prise, les principes déterminés par la loi de délégation obligent le gouvernement à faire confluer toutes les dispositions normatives relatives aux biens culturels intervenues entre-temps et créent ainsi une sorte de réserve de texte unique.

En France, un projet de code du patrimoine est envisagé depuis longtemps. En 1952, la commission supérieure de codification créée en 1948 prévoyait une partie intitulée *Monuments historiques* dans son projet de code des Lettres, Arts et Sciences. Plus récemment, la commission supérieure de codification (re)créée en 1989 a relancé l'idée d'un code du patrimoine <sup>69</sup>. Pour l'instant, ce projet n'a pas dépassé le stade des études préliminaires.

## **B. L'approfondissement de l'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels par des normes secondes**

Le droit positif français et du droit positif italien n'offrent qu'un seul exemple d'approfondissement de l'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels par une norme seconde. Il s'agit du cas français de comblement du vide normatif en matière de mise en valeur des biens culturels par des normes d'apparence contractuelle.

---

<sup>68</sup> Sur ce point voir FILIPPI (M.), "Il procedimento di dichiarazione di bene culturale", in CALA (G.) (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, Giuffrè, 2000, 21-36. D'autres règles relatives à la procédure d'adoption d'actes administratifs ont été incorporées au texte unique comme par exemple les règles sur la conférence de service (article 25 du texte unique) qui seront étudiées en seconde partie.

<sup>69</sup> COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Rapport d'activité 1990-1992*, Journal officiel, 1993, 13. Voir également RIOU (A.), "Culture et codification", *LPA*, 21 janvier 1994, n.9, 22-23.



On a vu que la loi française de 1913 ne contenait aucune disposition relative aux finalités de la protection en dehors de la conservation. Rien n'était prévu en matière de mise en valeur et de mise à la disposition du public <sup>70</sup>. Aucune des nombreuses modifications à la loi n'a remédié à cette carence. Ce n'est qu'assez tardivement, dans les années 1960 puis dans les années 1980 que l'Etat est intervenu. Mais l'instrument d'intervention choisi n'a pas été l'instrument législatif. Il s'est agi d'un instrument en apparence contractuel, le contrat type. Le contrat type est un document dont le contenu est entièrement déterminé par l'administration qui le propose ensuite aux partenaires susceptibles d'être intéressés. Ceux-ci n'auront que la possibilité d'adhérer au contrat, de se voir lié par ses dispositions, ou de ne pas y adhérer, mais ils ne pourront pas en discuter les termes. D'où l'autre nom donné à ces contrats, celui de contrats d'adhésion. La jurisprudence y a vu des actes unilatéraux et surtout, pour ce qui nous intéresse ici, des actes réglementaires <sup>71</sup>. Par analogie, cette jurisprudence s'applique sans difficulté aux contrats types que le ministre de la culture a élaborés en matière de mise en valeur de certains biens culturels.

En 1967, le ministère des affaires culturelles a rédigé un contrat type dont le but était de faire connaître les secteurs sauvegardés dont la formule venait d'être créée en 1962 <sup>72</sup>. Ce contrat prévoyait que la ville sur le territoire de laquelle existait un secteur sauvegardé et qui souhaitait adhérer au contrat devait organiser des visites guidées du secteur sauvegardé sous la houlette d'un personnel qualifié. En contrepartie, ces villes recevaient un label dénommé *Ville d'art*, ainsi qu'une aide financière et technique.

En 1985, deux contrats types nouveaux ont été créés par le ministre de la culture, l'un relatif aux *Villes d'art et d'histoire* et l'autre relatif aux *Pays d'art et d'histoire*. Ces contrats visaient à présenter au public non seulement un monument ou un quartier mais à mettre en lumière une ville dans son ensemble (à condition qu'elle soit "patrimonialement

---

<sup>70</sup> A la différence de la situation italienne. Selon M.-S. Giannini « *le bien culturel est public non en tant que bien d'appartenance, mais en tant que bien de jouissance* », GIANNINI (M.-S.), "I beni culturali", art. cit., 31. M. Ainis et M. Fiorillo rappellent que « *le bien culturel est par vocation destiné à l'ensemble des membres de la société, qui doivent pouvoir en jouir sans obstacle même si le bien relève d'un propriétaire privé* », AINIS (M.), FIORILLO (M.), "I beni culturali", in CASSESE (S.), *Trattato di diritto amministrativo*, art. cit., 1070.

<sup>71</sup> CE, Sec., 23 juin 1995, *Ministère de la culture et de la francophonie c. Association de défense des Tuileries*, 268, CJE, 1995 concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, 376. Une convention passée entre l'Etat et l'établissement public du Grand-Louvre sur le fondement de l'article L. 51-1 du code du domaine de l'Etat (qui permet de confier la gestion d'immeubles dépendant du domaine de l'Etat à divers organismes, dont les établissements publics, « *en vue d'assurer la conservation, la protection ou la mise en valeur du patrimoine national* »), et précisant les conditions d'occupation d'un immeuble du domaine public, « *revêt le caractère d'un acte unilatéral émanant du seul ministre (...) agissant dans l'exercice de ses pouvoirs de police du domaine (et) est de nature réglementaire* ».

<sup>72</sup> Loi du 9 août 1962, aujourd'hui codifiée aux articles L. 313-1 et suivants et R. 313-1 et suivants du code l'urbanisme.

riche"), à en expliquer le développement, à en montrer les empreintes successives et le façonnement par les activités artisanales, industrielles ou agricoles. Les termes de ces contrats, signés pour une période de deux ans et tacitement reconductibles, étaient plus précis que ceux des *Villes d'art*, auxquels il ne substituaient d'ailleurs pas (les 60 contrats *Villes d'art* en vigueur continuaient à le rester). Ils impliquaient toujours, outre l'obtention d'un label, un soutien technique et financier de la part du ministère. Parmi les engagements souscrits par les collectivités figurent celui de recruter du personnel qualifié et agréé par le ministère. Aujourd'hui 130 villes et pays ont adhéré à ces deux contrats et ont reçu le label correspondant.

Ces contrats types de contenu réglementaire sont donc bien des normes secondes. Quant à leur fondement juridique, il ne s'agit pas de la loi de 1962 ni de celle de 1913 mais des règles qui en 1967 et en 1985 déterminaient quelles étaient les attributions des ministres des affaires culturelles <sup>73</sup>. Toutefois, il est bien clair qu'elles ne sauraient être contraires aux normes premières contenues dans les lois de 1962 et de 1913.

## ***§ 2 Le renforcement des mécanismes d'encadrement par l'Etat des compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels***

On a vu au chapitre 3 que les années 1990 ont connu un accroissement remarquable des compétences des instances infra nationales italiennes et françaises de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels. Cet accroissement avait des origines différentes selon les systèmes. En France, les collectivités territoriales ont pris conscience de toutes les possibilités que leur offrait leur clause générale de compétence. En Italie, les régions et autres instances locales se sont vues formellement attribuer de très nombreuses compétences entre 1997 et 2001.

Les mécanismes permettant à l'Etat d'encadrer les compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels des instances infra étatiques existaient bien avant que n'interviennent les réformes de la fin des années 1990. Ils complétaient le dispositif permettant à l'Etat d'exercer un monopole normatif et quasi-normatif. On les a étudiés au chapitre 2 (section 2). Mais ils ont été profondément renforcés par les réformes intervenues en particulier du côté italien entre 1997 et 2001. En

---

<sup>73</sup> On a vu au chapitre préliminaire qu'une des conséquences de la différence entre la notion d'intérêt général français et la notion italienne d'intérêts publics, était qu'en France les compétences des ministres relevaient du règlement alors qu'en Italie elles relevaient de la loi.

renforçant ces mécanismes l'Etat intervint au cœur de ce qui, selon nous, caractérise le droit des biens culturels, à savoir l'attitude "normatisante" de l'administration.

Les législateurs nationaux entendent canaliser cette attitude "normatisante" des administrations qui adoptent leurs propres quasi-normes d'encadrement en les obligeant à utiliser les modèles légaux nationaux. C'est le phénomène des directives types propre à l'Italie (A.). C'est également le phénomène commun à l'Italie et à la France des programmes-types (B.). Les législateurs nationaux peuvent également opter pour une attitude plus radicale encore en élaborant leurs propres politiques patrimoniales (C.).

#### **A. La prévision de directives par la loi ou par la Constitution en Italie**

On a regroupé sous l'appellation générique de directives les mécanismes par lesquels l'administration centrale d'Etat encadre les pouvoirs de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels dont disposent l'administration périphérique d'Etat ou l'administration des régions.

Les réformes intervenues en matière de biens culturels prévoient des directives aussi bien à destination des administrations périphériques (1) qu'à destination des régions (2).

On ne rencontre pas en France une telle prévision de directives par la loi. En France, la directive est un acte spontané de l'administration. En Italie, où le principe de légalité fait l'objet d'une application beaucoup plus stricte qu'en France, la conséquence juridique de l'organisation spontanée de l'administration, la directive, n'est pas encore pleinement reconnue. Le droit positif est riche d'exemples montrant que les directives doivent être prévues par la loi. La doctrine est de son côté encore partagée. On a fait état de ces débats au chapitre préliminaire.

##### **1) Les directives de l'administration centrale à destination des administrations d'Etat périphériques en matière d'exportation des biens culturels**

En 1972, à la suite de la condamnation de l'Italie par la Cour de justice des communautés européennes, une réforme importante des dispositions de la loi de 1939 relatives à l'exportation des biens culturels est intervenue. Certaines des dispositions de cette réforme ont déjà été étudiées. Les deux dispositions qui nous intéressent ici sont celles qui ont explicitement créé des directives types en matière de décisions d'exportation de biens culturels. La loi laisse à l'administration centrale le pouvoir d'utiliser ou non ces directives en fonction des circonstances ainsi que de déterminer leur contenu (ce qui

s'analyse comme pouvoir discrétionnaire des plus classiques). Les destinataires sont les organes *ad hoc* de l'administration périphérique de l'Etat.

a) *Les orientations de caractère général* en matière d'évaluation du dommage que présentent les exportations de biens culturels pour le patrimoine national

Les administrations centrales se sont vues attribuer le pouvoir d'élaborer des *indirizzi di carattere generale*, orientations de caractère général, pour guider l'action concrète des *Uffici esportazione*. Cette réforme n'a pas eu beaucoup de succès dans la pratique. En effet, les administrations centrales n'ont élaboré que bien peu de ces orientations. En conséquence, chaque service compétent, chaque *ufficio di esportazione* « *a appliqué ses propres critères d'évaluation quant à la notion de patrimoine culturel national* » <sup>74</sup>. Ces *indirizzi di carattere generale* ont pourtant été repris dans le texte unique de 1999 (article 66 alinéa 5).

b) La détermination de catégories de biens temporairement interdites d'exportation

La réforme de 1972 a également attribué au ministre des biens culturels le pouvoir de désigner des « *catégories déterminées de biens culturels (articles 2 et 3 du texte unique) en fonction de leurs caractéristiques objectives, de leur provenance ou appartenance* » lorsque l'exportation des biens qui en font partie « *constitue un dommage pour le patrimoine national* » et d'interdire donc la sortie de tout bien faisant partie de ces catégories. L'interdiction de sortie est adoptée par le ministre de manière préventive et pour des périodes définies, après avis du comité de secteur compétent du Conseil national. Cette disposition a été reprise dans le texte unique (article 65 alinéa 2 lettre b).

2) Les directives de l'administration centrale à destination des régions

L'étude des compétences de détermination concrète attribuées aux régions par les réformes qui se sont succédées entre 1997 et 2001 a posé la question de leur encadrement. L'Etat a accompagné chaque attribution faite aux régions de compétences de détermination concrète d'un mécanisme d'encadrement. Cet accompagnement se vérifie aussi bien pour les transferts réalisés, c'est le cas des compétences de détermination concrète en matière de gestion des musées (a), que des transferts susceptibles d'être réalisés dans le futur (b).

---

<sup>74</sup> CARTEI (G. F.), "Commento all'articolo 66", in CAMMELLI (M.) (ed.), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, op cit., 205-207, 207.

a) L'encadrement para-normatif par l'Etat des compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de gestion des musées

La loi du 15 mars 1997 n.59 qui déléguait au gouvernement le pouvoir d'attribuer des fonctions administratives aux régions et collectivités locales. La loi du 15 mai 1997 n.127 précisa que « *dans l'exercice de la délégation prévue au chapitre I de la loi du 15 mars 1997, n. 59 et dans le respect des critères qu'elle a établis, le gouvernement peut prévoir le transfert de la gestion de musées d'Etat aux régions, aux provinces ou aux communes* » (article 17 alinéa 131). Le législateur délégué, à savoir le gouvernement, fixa les critères en question dans l'important décret législatif du 31 mars 1998, n.112 : « *commission paritaire (...) détermine (...), les musées ou les autres biens culturels d'Etat dont la gestion reste à l'Etat et ceux dont la gestion est transférée, selon le principe de subsidiarité, aux régions, aux provinces ou aux communes* » (article 150) <sup>75</sup>. Le décret législatif précisa que le transfert de gestion concerne, en particulier, trois activités : l'organisation, l'entretien et la jouissance des biens culturels de la part du public (article 150 alinéa 4).

Ce même décret législatif indiquait également que le ministre définissait par décret les critères technico-scientifiques et les standards *minima* qui devaient être observés dans l'exercice des activités transférées, de manière à garantir, premièrement, un niveau adéquat de jouissance des biens de la part du public, deuxièmement, la sécurité de ces mêmes biens et, troisièmement, la prévention des risques relatifs à ces biens (alinéa 6 de l'article 150). Ce décret a été adopté le 1<sup>o</sup> mai 2001. Il est intitulé *acte d'orientation relatif aux critères technico-scientifiques et aux standards de fonctionnement et de développement des musées* <sup>76</sup>. Il s'agit d'un texte très novateur, atypique, riche d'enseignements sur lesquels il est nécessaire de se pencher avec attention. En outre, en installant la commission paritaire en mai 1999 le ministre développa une interprétation de l'alinéa 6 de l'article 150 d'une grande importance. Il décida que les critères et les standards devaient être élaborés et

---

<sup>75</sup> Cette commission paritaire est composée de cinq représentants du ministère des biens et des activités culturelles et de cinq représentants des régions et des collectivités territoriales désignés par la Conférence unifiée. La *Conférence unifiée* réunit deux conférences distinctes, la *Conférence Etat-Régions (Conférence permanente pour les rapports entre l'Etat, les régions et les provinces autonomes de Trente et de Bolzano)* et la *Conférence Etat-Villes et autonomies locales*, lorsqu'elles ont à connaître des matières d'intérêt commun sur lesquelles elles exercent des fonctions consultatives (article 9 de la loi n.59 de 1997 et article 9 du décret législatif du 28 août 1998, n.281).

<sup>76</sup> *Atto di indirizzo sui criteri tecnico-scientifici e sugli standard di funzionamento e sviluppo dei musei*, GURI, suppl. ord., parte prima, n.238, 19 octobre 2001. Cet acte peut également être lu comme une réponse au vide normatif relatif aux musées qui a longtemps été une carence commune des systèmes français et italien. (La France vient pour sa part de combler cette lacune par un instrument classique, la loi - Loi n°2002-5 du 4 janvier 2002 *relative aux musées de France*, JORF, 5 janvier 2002, 305 - ). L'acte italien prévoit l'intervention de critères normatifs ou para-normatifs dans les espaces laissés vacants par la législation en vigueur. L'acte d'orientation se définit lui-même comme une réponse à « *l'exigence de préciser la mission des musées* » (§ 11).

déterminés de manière à être utilisables non seulement « *dans l'exercice des activités transférées* » mais également dans la gestion ordinaire des musées quelle que soit leur appartenance. En somme, ces critères et standards ont vocation à s'appliquer à tous les musées. Ensuite, le décret ministériel donne vie juridique à des normes techniques en grande partie élaborées hors de son sein. Cet aspect sera traité dans le chapitre suivant.

L'importance des standards dans la fonctionnement concret de l'administration en général a été plusieurs fois par les observateurs plus attentifs français et italiens. Cette importance ne se dément pas en ce qui concerne le fonctionnement des administrations chargées des biens culturels. M. Petraroia ancien surintendant, aujourd'hui fonctionnaire de la région lombarde estime que les standards qu'il qualifie « *d'instruments de support aux décisions* » constituent un thème crucial de la politique de protection des biens culturels en général <sup>77</sup>.

Le texte contient huit 'domaines', qui couvrent tous les aspects de la matière. Pour chaque domaine, l'acte énumère d'une part des *normes techniques* et d'autre part des *lignes d'orientation*. Les normes techniques ont vocation à une pleine portée normative que n'ont pas les lignes d'orientation. Il en résulte que la portée normative du texte n'est pas univoque. A titre d'exemple, le domaine VI, relatif à la gestion des collections, prévoit des règles très précises en matière d'acquisition d'objets de la part des musées. Il n'est sans doute pas exagéré de dire qu'est créé un véritable principe de précaution en matière de contrôle de l'origine des objets.

Les *lignes d'orientation* ont un statut beaucoup plus complexe. Ce sont elles qui regroupent les standards. Les auteurs de l'acte précisent que la force juridique donnée au standard parcourt un spectre large qui va de l'obligation à la recommandation. Dans les domaines tels que la conservation, la sécurité et la prévention des risques, les standards de l'acte sont des règles impératives. L'acte fait également référence à des standards techniques comme l'exposition à la lumière des objets fragiles, les degrés d'humidité de l'air admis par type d'objet, ... Toujours à titre d'exemple, les standards du domaine VI sont présentés comme ayant pour objectif « *de synthétiser le patrimoine de principes éthiques, de normes juridiques et techniques et de pratiques dans lequel les musées se reconnaissent déjà, conscients de leur mission commune au-delà de leurs spécificités et d'articuler cette synthèse en une grille applicable à l'évaluation de la qualité* ». En

---

<sup>77</sup> PETRAROIA (M.), "Il ruolo delle regioni per la tutela, la valorizzazione e la gestione dei beni culturali : ciò che si 'può' fare e ciò che 'resta' da fare", *Aedon*, 2001, n.3.

revanche, dans d'autres domaines tels que la promotion ou la valorisation, les standards indiqués ne sont que des souhaits qui ne peuvent être réalisés que si les conditions, en particulier financières, le permettent. Selon ses rédacteurs, «*le document proposé devrait avoir comme caractéristique la flexibilité, entendue comme capacité d'adaptation à la variété des situations muséales italiennes, plusieurs fois rappelée, et incorporer des indications utiles au fur et à mesure qu'elles sont produites par la recherche et par le débat nationaux et internationaux* »<sup>78</sup>.

L'acte présente une autre caractéristique qui est de conférer un certain pouvoir normatif aux musées en les enjoignant tous, quelle que soit leur dimension, de se doter d'un «*ensemble d'actes d'orientation, de mesures et de procédures opératoires, de formes et de modalités de contrôle* » qui est différent de leur statut. Cet ensemble doit être défini dans le respect des règles existantes, des critères technico-scientifiques et des standards prédéfinis.

b) L'encadrement para-normatif par l'Etat des compétences de détermination concrète de l'intérêt public en matière de *tutela* des biens culturels

On a vu au chapitre 3 que l'article 118 nouveau de la Constitution italienne avait rompu avec le principe de parallélisme et avait fait des communes les instances par principe chargées des compétences de détermination concrète. Les autres instances (provinces, régions, Etat) pouvant être chargées de certaines compétences mais par exception si les principes du subsidiarité, de différenciation et d'adéquation l'exigeaient. En matière de biens culturels, on a dit qu'*a priori* l'Etat devrait estimer que les principes de subsidiarité, de différenciation et d'adéquation lui imposent de conserver par de vers lui les fonctions administratives qui sont relatives à la *tutela*.

En revanche, si à plus long terme, il estime que les fonctions administratives relatives à la *tutela* doivent être transférées à des instances infra nationales, un mécanisme constitutionnel *ad hoc* empêchera ces instances d'élaborer leurs propres normes para-normatives d'encadrement. Le nouvel article 118 alinéa 3 de la Constitution prévoit en effet que «*La loi de l'Etat organise des formes d'entente et de coordination dans la matière de la tutela des biens culturels* ». Bien que la formulation de cette réserve de loi ne soit pas très claire on peut semble-t-il en déduire que l'Etat est compétent pour prévoir des

---

<sup>78</sup> Sur le contenu du document MARCHI (A.), "Criteri e standard per la gestione dei musei", *Aedon*, 2001, n.2.

instruments cadres d'encadrement des compétences de détermination concrète des instances infra nationales

## **B. Le renforcement des mécanismes légaux de programmation des interventions étatiques en Italie et en France**

On peut définir la programmation de manière très large et commune à la France et à l'Italie comme étant l'établissement des priorités en fonction desquelles les disponibilités budgétaires seront attribuées. En Italie, selon la définition lapidaire de M. S. Giannini, la programmation est l'ensemble des règles relatives à « *l'organisation de l'activité d'opérateurs en fonction de plans ou de programmes* »<sup>79</sup>. En droit italien, la programmation des interventions de l'Etat et des personnes publiques en général, fait l'objet de nombreuses dispositions législatives ou réglementaires.

Du point de vue de l'administration, l'élaboration de programmes doit être considérée comme une activité para-normative, préalable à l'adoption de mesures concrètes. En Italie surtout, les lois ont créé de nombreux programmes-types. Cette création peut être lue comme un autre indice de la volonté du législateur national de canaliser l'activité para-normative de l'administration. On précisera que ces mécanismes légaux n'ont pas pour but de canaliser l'activité programmatrice de l'administration d'Etat mais de canaliser celle des administrations des instances infra nationales

En Italie et en France, on distingue les mécanismes légaux de programmation en matière de biens culturels qui sont propres à l'administration d'Etat (1) et les instruments généraux de programmation que cette même administration peut bien évidemment utiliser également (2).

### **1) Les instruments légaux de programmation propres aux biens culturels**

#### **a) En Italie**

Le décret du 3 décembre 1975 n.805 relatif à l'organisation du ministère des biens culturels et environnementaux évoquait « *les programmes nationaux établis par l'administration* » (article 3) à propos desquels l'organe consultatif national, le Conseil national pour les biens culturels et d'environnement, devait donner son avis. Le décret faisait également référence à des programmes régionaux, annuels ou pluriannuels, proposés par les comités de secteur du conseil national et rédigés par objectifs

---

<sup>79</sup> GIANNINI (M.S.), *Diritto amministrativo*, vol. 2, op. cit., 616.



d'intervention (article 8). Ces programmes régionaux étaient élaborés par les chefs des administrations périphériques du ministère dans une région sous le nom de « *programmes opératoires* ». Ils étaient soumis à l'examen du comité de secteur dont ils relevaient (article 32) <sup>80</sup>.

Le décret législatif du 20 octobre 1998 n.368, qui réorganise le ministère devenu ministère des biens et des activités culturelles, a repris la double programmation (nationale et régionale) mise en place par le décret de 1975.

La programmation nationale est désormais constituée par le « *programme triennal des interventions dans les secteurs des biens culturels* » <sup>81</sup>. Ce programme triennal, s'articule en un ou plusieurs plans d'application. Il est arrêté par le ministre après avis du Conseil pour les biens culturels et d'environnement (article 3 du décret n.368).

La programmation régionale est arrêtée par les surintendances présentes dans la région sous la coordination du surintendant régional. Elle est relative « *aux interventions de dépenses ordinaires et extraordinaires, en dégagant les priorités sur le fondement des indications des surintendances* ». Elle conflue dans le programme triennal annuel (article 7 alinéa 2, lettre a du décret législatif de 1998 n.368).

L'article 46 du texte unique relatif aux travaux de restauration fait référence à cette double programmation.

Il faut ajouter que la loi n.352 du 8 octobre 1997 *Dispositions sur les biens culturels* met en place un autre mécanisme de programmation. L'objet de cette programmation est très large puisqu'il ne s'agit pas moins des « *activités culturelles de l'Etat ou des activités culturelles auxquelles l'Etat apporte son concours financier* » (article 2). Toutefois, la loi range parmi les activités culturelles « *l'entretien, la protection, la restauration et l'acquisition des choses indiquées à l'article 1 de la loi du 1<sup>o</sup> juin 1939* », ainsi que les « *études, les recherches, la documentation et le catalogage et les publications relatives aux biens culturels* ». Dans cette programmation l'Etat joue un double rôle centralisateur. Premièrement, toutes les propositions relatives aux activités culturelles de l'Etat lui sont adressées et c'est lui qui retient celles qu'il estime les plus

---

<sup>80</sup> L'étude des fonctions programmatrices du ministère d'avant la réforme de 1999 apparaît in MALO (M.), "Ministero per i beni culturali e ambientali", DDP, IX, Utet, 1994, 526.

<sup>81</sup> Ce programme a été créé par la loi du 10 février 1992 n.145, *Interventions organiques de protection et valorisation des biens culturels* (article 1). Il a été repris à l'article 155 du décret législatif du 31 mars 1998. Le premier programme triennal a été adopté en 1992 par le décret ministériel du 6 mars 1992, GURI, 13 mars 1992 n.61.

pertinentes. Deuxièmement, tous les versements effectués <sup>82</sup> sont affectés à un fonds spécial sur lequel l'Etat finance les initiatives sélectionnées.

#### b) En France

En France, la loi ne prévoit pas comme en Italie des programmes-types ou plus généralement des instruments de programmation. L'administration française n'en élabore pas moins des programmes mais ceux-ci font en général l'objet d'une procédure d'adoption qui est à la discrétion de l'administration. Ce sont des actes beaucoup moins formalisés qu'en Italie. Ils ne doivent pas être confondus avec les actes qui "externalisent" les programmes arrêtés. Ces actes relèvent, eux, du droit des finances publiques et sont très formalisés. En France, la programmation des priorités en matière de biens culturels a longtemps été une affaire strictement interne à l'administration d'Etat.

C'est dans les textes organisant l'administration d'Etat du patrimoine qu'on repère de brefs passages relatifs à la programmation des interventions de l'Etat. L'arrêté du 21 septembre 1998 relatif à l'organisation de la direction de l'architecture et du patrimoine du ministère de la culture indique que la sous-direction des monuments historiques assure notamment *« l'organisation et le contrôle des travaux réalisés sur les monuments historiques ; la définition des règles d'utilisation des crédits nécessaires aux travaux d'entretien, de restauration, de réutilisation et de mise en valeur, financés ou aidés financièrement sur les crédits gérés par la direction, et la préparation de la répartition des moyens nécessaires à cette politique entre les services déconcentrés »* (article 6) <sup>83</sup>. Les dispositions relatives aux organes consultatifs prévoient que ceux-ci sont tenus informés des programmes de l'Etat. La commission supérieure des monuments historiques est chargée, entre autres fonctions consultatives, de donner un avis *« sur les programmes et les projets de travaux de conservation et de mise en valeur des monuments historiques »* <sup>84</sup>. Pour leur part, les organes consultatifs régionaux, les commissions régionales du patrimoine et des sites sont seulement tenues informées des travaux intéressant les

---

<sup>82</sup> Y compris les versements effectués par l'Etat lui-même. Par ailleurs les versements effectués par des personnes privées sont défiscalisés.

<sup>83</sup> JORF, 22 septembre 1998. La sous-direction de l'archéologie assure dans son domaine ses propres activités de programmation. Il en va de même pour les autres sous-directions.

<sup>84</sup> Décret n°94-87 du 28 janvier 1994 relatif à la Commission supérieure des monuments historiques, article 1, recueil n.1345, 55.

monuments historiques <sup>85</sup>. Quoi qu'il en soit, rien n'est dit sur les procédures d'élaboration de ces programmes dans les textes cités.

Il ne semble toutefois pas que cette tradition de quasi-secret soit gage d'efficacité. L'article 4 de la loi de programme n°88-12 du 5 janvier 1988 relative au patrimoine monumental demandait au gouvernement de présenter au Parlement un « *rapport sur les moyens à mettre en œuvre (...) pour simplifier, accélérer et harmoniser (...) la programmation et l'exécution de travaux et, en particulier, les conditions d'octroi des aides de l'Etat aux personnes publiques ou privées propriétaires de monuments historiques* ». Il ne semble pas que ce rapport, s'il a été rendu, ait été suivi d'effets.

## 2) L'utilisation d'instruments légaux de programmation généraux

En Italie et en France, l'administration d'Etat des biens culturels a souvent recours à des programmes qui ne sont pas propres au domaine des biens culturels. Il s'agit des ententes institutionnelles de programme en Italie et des contrats de plan. Mais ces instruments présentent la caractéristique d'être adoptés à l'issue d'une procédure contractuelle ou du moins coordonnée. C'est la raison pour laquelle ils seront abordés au chapitre suivant.

## C. La détermination de politiques patrimoniales par le législateur

Dans certains cas, le législateur a créé des systèmes parallèles temporaires qui identifient abstraitement un intérêt public en matière de biens culturels proche mais différent de celui identifié dans les grandes lois (1913 et 1909-1939) et qui ont confié à des administrations parallèles à celle des biens culturels le soin de déterminer concrètement l'intérêt public en matière de biens culturels dans le respect de l'identification abstraite préalable. Il s'agit de cas dans lesquels des lois ouvrent des fonds différents des fonds normalement utilisés pour financer des interventions sur les biens culturels et décident de critères d'attribution de ces financements aux biens culturels. En France, il s'agit des mécanismes des lois de programme (1). En Italie, il s'agit des lois dites d'intervention extraordinaire (2).

---

<sup>85</sup> Décret n°99-78 du 5 février 1999 relatif à la Commission régionale du patrimoine et des sites, article 1. L'article L. 4433-27 du Code général des collectivités territoriales (alinéa 3) semble attribuer plus de pouvoir aux commissions régionales du patrimoine et des sites qui siègent outre-mer : « *La conservation du patrimoine sera définie et programmée dans le cadre des commissions régionales du patrimoine et des sites (...)* »

### 1) Les lois de programme en France

Quatre lois de programme relatives au patrimoine culturel ont été adoptées en 30 ans : 1962, 1967, 1988, 1993 <sup>86</sup>.

D'un point de vue formel, ces lois peuvent être lues comme créant de véritables politiques patrimoniales parallèles <sup>87</sup>. Elles prévoyaient toutes des financements en faveur de biens culturels ou de catégories de biens culturels qu'elles déterminaient. La loi de programme de 1962 et celle de 1967 précisaient en annexe la liste des monuments qui bénéficiaient des fonds prévus (une dizaine seulement). Les lois de programme de 1988 et de 1993 affichaient un objet beaucoup plus large. La loi de 1988 étendait les financements aux monuments n'ayant fait l'objet que d'une simple inscription à l'inventaire (alors qu'auparavant seuls les travaux portant sur des monuments classés pouvaient être financés). Elle précisait, à l'attention de l'administration, qu'elle « *avait pour objet de permettre : 1° la restauration et la mise en valeur de monuments classés ou inscrits, ainsi que des objets qu'ils contiennent : édifices civils, militaires et religieux, en particulier les cathédrales, parcs et jardins historiques ; 2° la mise en valeur de grands sites archéologiques nationaux* ». En ce qui concerne les parcs et les jardins, cette disposition pouvait être interprétée comme introduisant une nouvelle catégorie légale susceptible de protection qui s'ajouterait aux critères et aux catégories définies par la loi de 1913. Cette dernière, très lapidaire, ne parle jamais plus que d'immeubles, sans préciser, et donc en englobant aussi bien les immeubles nus que les immeubles bâtis. La loi de 1993 se contente d'annoncer lapidairement « *qu'elle a pour but de financer la conservation du patrimoine monumental culturel d'intérêt public* » (article 1), en abandonnant le critère du classement ou de l'inscription préalable.

D'un point de vue substantiel, ces lois ne sont que l'habillage de choix déjà effectués par l'administration <sup>88</sup> (comme dans le cas des parcs et jardins qu'on a évoqué à

---

<sup>86</sup> Loi de programme n°62-880 du 31 juillet 1962 *relative à la restauration de grands monuments historiques*, JORF, 2 août 1962, 7651, loi de programme n°67-1174 du 28 décembre 1967 *relative à la restauration des monuments historiques*, JORF, 29 décembre, 12856, loi de programme n°88-12 du 31 décembre 1988 *relative au patrimoine monumental*, JORF, 6 janvier, 207 et loi de programme n°93-1437 du 31 décembre 1993 *relative au patrimoine monumental*, JORF, 4 janvier 1994, 129. Une loi de programme a en outre été adoptée en faveur des musées le 11 juillet 1978.

<sup>87</sup> Comme l'a observé R. Lecat, les lois de programme « *peuvent néanmoins comporter un énoncé des politiques publiques en cause qui ne se retrouve pas toujours dans les textes à caractère permanent* », LECAT (R.), "Le contrôle de l'Etat par la norme", AJDA, 20 septembre 2000, spécial, 95-102-102.

<sup>88</sup> Les orientations d'applications de la loi de 1993, présentées dans le rapport de la commission des affaires culturelles du Sénat, indiquent qu'il était d'ores et déjà envisagé d'attribuer une partie du financement prévu à un petit nombre d'opérations dites d'importance nationale qui regardent des monuments particulièrement célèbres ou importants. HUGOT (J.P.). "Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles du Sénat sur le projet de loi de programme, relatif au patrimoine monumental", Doc. Sénat, Première session extraordinaire, 1993-1994, n°201, 37.

la section 2 du chapitre 2) ou l'attribution d'un vaste pouvoir discrétionnaire à l'administration qui, elle, réalisera les véritables choix. Les critères indiqués sont pauvres. En fait, les lois de programmes de 1988 et de 1993 ouvrent plus d'espace discrétionnaire à l'administration d'Etat qu'elles n'encadrent celui qu'elle avait déjà.

## 2) Les lois d'"interventions extraordinaires" en Italie

Dans les années 1980, le législateur, plutôt que d'engager une réforme d'ensemble du droit des biens culturels, s'est contenté de répondre aux problèmes au coup par coup, selon une politique dite des «*interventions extraordinaires*» en se bornant à ouvrir des crédits en faveur des biens culturels. Chaque loi énumérait, plus ou moins précisément, les objectifs auxquels les financements ouverts devaient être consacrés et mettait en place un comité chargé de sélectionner les projets sur la base de ces objectifs.

La décennie 1980 a connu trois catégories de lois spéciales. La première catégorie ne concernait qu'indirectement les biens culturels, la seconde les concernait directement mais fixait des critères vagues, la troisième les concernait également directement tout en définissant des critères d'intervention plus précis.

La première catégorie de lois spéciales avait une finalité avant tout économique. Une des originalités du système italien est d'avoir considéré assez tôt les biens culturels comme des biens évaluable économiquement et donc susceptibles de faire l'objet d'investissements financiers sur la base d'un calcul du coût et des bénéfices. Le législateur a donc pensé qu'en subventionnant des travaux de toute nature sur ces biens d'importantes retombées économiques devaient être prévisibles dans au moins deux secteurs, celui de l'emploi local et celui des activités touristiques et hôtelières. Fortes de ces prémisses théoriques, plusieurs lois, dont le but était de lutter contre le chômage, financèrent des projets relatifs aux biens culturels. Les financements les plus importants vinrent de la loi de finances de 1986 et de la loi du 20 mai 1988.

La loi de finance de 1986 consacrait un crédit de 600 milliards de liras à des investissements dans des interventions concernant les biens culturels appelés les «*gisements culturels*», l'or noir italien. La loi du 20 mai 1988 créa le Fonds de lutte contre le chômage. Le fonds fut doté de 771 milliards de liras dont 240 au moins furent attribués à des projets relatifs aux biens culturels.

Ces deux lois ont créé de purs systèmes parallèles. Non seulement les critères de financement ont été élaborés sans concertation avec le ministère des biens culturels mais

celui-ci ne participait pas aux procédures de sélection des projets. Il était seulement chargé de surveiller l'exécution des projets retenus.

La deuxième catégorie d'interventions extraordinaires rassemblait des lois prévoyant des financements pour les biens culturels mais sans désigner des objectifs très précis. A titre d'exemple, la loi du 10 février 1992 n°145, intitulée "Interventions organiques de protection et de valorisation des biens culturels" avait pour objet d'ouvrir un ensemble de crédits destinés à des opérations concernant les biens culturels, pour un total d'environ 400 milliards de liras. Au moins le ministère était-il partiellement à l'origine des critères choisis et supervisait-il la sélection des projets.

La troisième catégorie d'interventions extraordinaires regroupait des lois qui prévoyaient des financements pour les biens culturels, tout en poursuivant des objectifs précis. A titre d'exemple, la loi n.92 de 1981, dite loi Biasini, débloqua environ 200 milliards de liras pour la protection du patrimoine archéologique de Rome et de ses environs et la loi n.84 du 19 avril 1990 fut entièrement consacrée au financement d'activités d'inventaire. Des lois de ce type ont été votées à la fin des années 1990 pour permettre des travaux supplémentaires de restauration et de mise en valeur de monuments romains à l'approche du Jubilé de l'an 2000 célébré par l'Eglise catholique.

Ces «interventions extraordinaires», en créant des systèmes parallèles ou partiellement parallèles, ont gâché les bénéfices que leurs financements apportaient. La programmation rationnelle des objectifs du ministère des biens culturels avec ces financements extraordinaires fut particulièrement difficile et soumise à de multiples révisions. Selon un ancien Sous-secrétaire d'Etat aux biens culturels, le sénateur L. Covatta, *«(...) il y a eu (...) une singulière discontinuité dans la détermination des objectifs»*<sup>89</sup>. La Cour des comptes a pour sa part évoqué les *«(...) graves lacunes dans la programmation générale des interventions qui ne sont pas assez souvent coordonnées entre elles et qui n'arrivent pas à dépasser la logique de l'urgence»*<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Allocution du Sous-secrétaire d'Etat aux biens culturels L. Covatta devant la Commission Culture, science et instruction de la Chambre des députés à propos de l'application de la loi n.84 du 19 juin 1990, le 21 juin 1991, rapportée au *Notiziario*, n°37, avril-juin 1992, 16-19.

<sup>90</sup> Corte dei Conti, Sezioni riunite, *Decisione e relazione della Corte dei Conti sul rendiconto generale dello Stato per l'esercizio finanziario 1990*, Vol. II, T. I, Roma, IPZS, 1991, 244.

## Conclusion du chapitre 5

La force du lien qui unissait l'Etat à ses compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels a été prouvée par la crispation dont l'Etat a fait preuve à partir du moment où il s'est retrouvé dans une situation de concurrence normative, en particulier vis-à-vis des instances communautaires. Une telle attitude, même si elle ne prend pas seulement la forme de combats d'arrière garde, ne pouvait pas être la seule réaction de l'Etat. Une autre réaction, plus dynamique, a été la transformation de l'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels.

## CHAPITRE 6 LA PARTICIPATION DE L'ETAT AUX PROCEDURES D'ADOPTION DE NOUVELLES NORMES D'IDENTIFICATION ABSTRAITE DE L'INTERET PUBLIC EN MATIERE DE BIENS CULTURELS

En réaction aux atteintes portées, l'Etat a également attribué un certain nombre de compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels "transformées" à d'autres instances. Il a également transformé certaines de ses propres compétences. La transformation, par rapport aux compétences qui n'ont pas été modifiées, consiste dans la création d'une procédure d'adoption et dans l'ouverture de cette procédure à la participation d'autres instances. Le terme participation est ici employé comme une expression plus descriptive que juridique qui permet de ranger des mécanismes nombreux et divers allant de l'avis simple à la co-compétence. Ce qui compte est que en définissant les conditions d'adoption des normes qu'il attribuait à d'autres instances que lui, l'Etat s'est réservé un rôle, il intervient, il participe, sous des formes diverses, à l'adoption de ces normes. Ces compétences ainsi "procéduralisées" permettent à l'Etat de maintenir une certaine prééminence vis-à-vis de normes pour lesquelles il n'est plus formellement compétent. Pour utiliser à nouveau les notions romaniennes, on dira qu'à défaut de maîtriser le contenu des normes d'identification abstraite attribuées aux instances infra nationales, l'Etat a exploité la compétence qu'il maintenait sur l'existence de ces normes et que, de la sorte, il maintient toujours une certaine relevance sur les autres systèmes juridiques infra nationaux ; la relevance s'exprimant en sens inverse par la nécessité (l'obligation) qu'on les seconds de tenir compte du premier.

Toutefois cette "procéduralisation" ne permet à l'Etat d'exercer une certaine relevance vis-à-vis des normes d'instances autres que lui dans la seule mesure où ces instances font partie du champ constitutionnel au sein duquel il maîtrise encore les processus de répartition des compétences et corrélativement les règles relatives à la procédure d'adoption (section 1).

En revanche, elle est inopérante vis-à-vis d'instances qui échappent à son champ constitutionnel. C'est le cas des instances communautaires. Il ne maîtrise pas le processus de répartition des compétences et corrélativement des règles relatives à la procédure d'adoption de ces normes. L'influence qu'il peut exercer en participant à l'élaboration des règles communautaires est donc bien moindre (section 2).



## **Section 1 La participation de l'Etat aux procédures d'adoption de normes régionales ou locales d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels**

Il était tentant de classer les "participations" que l'Etat s'est reconnu au sein des procédures d'adoption de certaines normes régionales ou locales en fonction de leur poids respectif dans les identifications abstraites de l'intérêt public en matière de biens culturels où ces participations ont été introduites. La section aurait alors été organisée en fonction des compétences, des co-compétences et des simples intérêts procéduraux. Cependant, cette présentation, malgré l'avantage de son caractère synthétique, ne pouvait être retenue. En effet, plusieurs catégories d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels sont en jeu. Chaque catégorie abouti à la création de normes ou de para normes différentes. Il faut en conséquence que chaque catégorie bénéficie d'un traitement propre. On distinguera donc la participation de l'Etat aux procédures d'adoption des normes régionales premières (§ 1), la participation de l'Etat aux procédures d'adoption des normes régionales ou locales secondes (§ 2) et enfin, mais inversement compte tenu de la compétence en cause, la participation d'instances infra nationales à la procédure d'adoption des instruments d'encadrement par l'Etat des déterminations concrètes de l'intérêt public en matière de biens culturels qui relèvent des instances infra nationales (§ 3).

### ***§ 1 La participation de l'Etat à l'adoption de normes premières régionales d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels***

En Italie, les mécanismes participatifs ont été développés de manière systématique à l'occasion de la réforme constitutionnelle de 2001. Ils concernent les normes relatives à ce que l'Etat considère comme la périphérie de la protection des biens culturels c'est-à-dire la mise en valeur ou la gestion (A.). Ils concernent également et surtout les normes relatives à ce qu'il estime être le cœur de son action c'est-à-dire la *tutela* (B.). En France, ces mécanismes participatifs sont très rares. On n'en a repéré qu'un seul, celui de la contractualisation de la répartition des compétences normatives en matière de monuments historiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie (C.). Là encore on retrouve la

constatation déjà signalée selon laquelle ce qui est devenu la règle en Italie est toujours l'exception en France.

#### **A. La participation de l'Etat italien à l'adoption des lois régionales en matière de mise en valeur des biens culturels**

En fonction du nouvel article 117 alinéa 3 de la Constitution italienne, les matières « *valorisation des biens culturels et des biens environnementaux* » et « *promotion et organisation d'activités culturelles* » relèvent d'une compétence concurrente entre l'Etat et les Régions. Dans ces matières, les régions peuvent adopter leurs propres lois.

Néanmoins, si « *dans les matières de législation concurrente, la puissance législative revient aux Régions* », la Constitution ajoute que « *la détermination des principes fondamentaux, est réservée à celle de l'Etat* » (article 117 alinéa 3). Les législations régionales ne sont donc pas autonomes car elles doivent être encadrées par les principes fondamentaux qui relèvent de la législation nationale. L'Etat conserve donc un moyen de déterminer les grandes orientations des normes régionales.

Ceci étant la question se déplace et "monte" d'un cran. Elle concerne désormais le mécanisme d'adoption par le législateur national des *principes fondamentaux* qui appelle deux remarques <sup>1</sup>.

Premièrement, l'adoption de ces principes fondamentaux a été envisagée par le texte constitutionnel comme relevant du législateur national et de lui seul. Dans d'autres systèmes fédéraux, il est prévu que les régions ou les Etats fédérés soient au moins consultés (parfois il sont même associés) lors de l'élaboration de tels principes. En Italie, aucun mécanisme de fédéralisme participatif n'a été prévu, qu'il s'agisse d'un organe *ad hoc* ou d'une simple étape procédurale <sup>2</sup>. La compétence normative relative aux principes fondamentaux a été conçue comme étant strictement réservée à l'Etat. Pour reprendre la notion de relevance, les régions ne peuvent exercer aucune relevance sur ces principes. Et pour reprendre, les notions employées par les théoriciens du fédéralisme, l'Etat fédéral italien n'est pas un relais des interventions fédérées <sup>3</sup>. Mais on peut estimer que l'étanchéité totale de la procédure d'adoption de ces principes vis-à-vis des régions

---

<sup>1</sup> Le risque de résistance passive du législateur national, qui n'adopterait pas les principes fondamentaux, a été étudié au chapitre 5.

<sup>2</sup> POGGI (A.), "Dopo la revisione costituzionale : i beni culturali e gli scogli del 'decentramento possibile'", *art. cit.*, 5.

<sup>3</sup> DELPERRE (F.), *Le fédéralisme en Europe*, PUF, 2000, 53.

pourrait aboutir à des blocages voir à des paralysies et multiplier ainsi les occasions de conflit et de recours à la Cour constitutionnelle.

Deuxièmement, la question du degré de précision des principes fondamentaux fixés par la loi nationale n'est pas tranchée dans le texte constitutionnel <sup>4</sup>. En adoptant ces principes, le législateur national pourrait très bien aller au-delà de la marge normative que lui attribue la Constitution (les grandes lignes) et descendre à un niveau de précision normative élevé <sup>5</sup>. Une telle attitude ne laisserait aux législateurs régionaux que la portion normative congrue. La tentation du législateur national pourrait être d'autant plus forte que ce dernier n'est soumis à aucune consultation préalable des régions comme on vient de le voir <sup>6</sup>. Il reviendra alors au juge constitutionnel de fixer *a posteriori* les limites respectives entre principes fondamentaux relevant du législateur national et législations régionales.

#### **B. La participation de l'Etat italien à l'adoption de lois régionales en matière de tutela**

Le dernier alinéa du nouvel article 116 de la Constitution permet à l'Etat d'attribuer à certaines régions « *d'ultérieures et particulières conditions d'autonomie en matière de tutela des biens culturels* ». Cette attribution a lieu à la suite d'une procédure complexe et ardue dans laquelle « *une entente entre l'Etat et la région intéressée* » est indispensable. On a vu au chapitre 3 et au chapitre précédent que les régions n'avaient pas les moyens constitutionnels de passer outre à l'absence d'accord de l'Etat.

Néanmoins, si, à la suite ou non d'une revendication régionale en ce sens, l'Etat décide, pour des raisons relevant de son pouvoir discrétionnaire, de "jouer le jeu" de l'entente avec la ou les régions concernées, il serait en mesure d'orienter la définition et donc l'exercice des nouvelles compétences régionales. En effet, l'article 116 dernier alinéa de la Constitution ne parle pas d'*autonomies* tout court en matière de *tutela* des biens culturels mais de *conditions d'autonomies*. L'Etat pourra donc subordonner son indispensable accord à la prise en compte, dans le projet de transfert régional, de

---

<sup>4</sup> Elle ne l'est en général pas dans les constitutions des fédérations.

<sup>5</sup> Comme on l'a précisé au chapitre 5, le législateur peut voter directement les principes fondamentaux ou les voter indirectement en déléguant son pouvoir au gouvernement qui adoptera un décret législatif.

<sup>6</sup> L'analogie juridique offre de nombreux exemples de ces "débordements". Il suffit de rappeler le cas de directives communautaires qui contiennent parfois des dispositions extrêmement précises alors que le traité a indiqué qu'elles ne constituaient que des normes cadre : « *la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* » (article 249.3 TCE). Au sujet de ces directives "détaillées", la Cour de justice a estimé que « *il ressort de l'article (249.3) du traité que la compétence laissée aux Etats membres, en ce qui concerne la forme et les moyens des mesures à prendre par les instances nationales, est fonction du résultat que le Conseil ou la Commission entendent voir atteindre* », CJCE, 23 novembre 1977, *Enka*, 38/77, Rec. 2212.

conditions ou d'orientations définies par lui. Les lois régionales relatives à la *tutela* refléteront obligatoirement ces conditions et ces orientations étatiques.

### **C. La contractualisation de la répartition des compétences normatives en matière de patrimoine culturel entre la France et la Nouvelle-Calédonie**

On a vu au chapitre 3 qu'un accord avait été signé à Nouméa entre la France et la Nouvelle-Calédonie le 5 mai 1998 au terme duquel cette ancienne colonie et ancien territoire d'outre mer, devenait un pays à souveraineté partagée <sup>7</sup>.

On a également vu que cet accord prévoyait un *accord particulier* portant sur un champ encore mal déterminé de questions relatives au patrimoine culturel (point 1.3.5.) <sup>8</sup>. Toutefois, l'accord de Nouméa confère au seul Etat le pouvoir de décider de la négociation et de la conclusion de cet accord.

On fera donc la même remarque que celle faite à propos de la situation italienne précédente. Si l'Etat, de son propre chef ou à la suite d'une demande de la Nouvelle-Calédonie, décide de passer l'accord particulier avec la Nouvelle-Calédonie, il se retrouvera sur un pied d'égalité avec la Nouvelle-Calédonie pour en fixer le contenu : les normes relatives au patrimoine culturel dans l'archipel seront élaborées une base paritaire entre les deux partenaires.

### **§ 2 La participation de l'Etat à l'adoption de normes secondes régionales ou locales d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels infra nationales**

Il n'y a pas de mécanisme d'adoption des normes secondes par des instances infra nationales dont la procédure ne prévoit pas la participation de l'Etat ; à la condition bien sûr que ces normes secondes régionales ou locales soient des normes d'application de normes premières nationales et non de normes premières régionales. On range dans la catégorie des normes secondes un ensemble hétérogène de normes dont la caractéristique commune est qu'elles n'ont pas rang législatif mais qu'elles sont au moins en partie encadrées par une norme de rang législatif adopté par l'Etat.

---

<sup>7</sup> JORF, n.121, 27 mai 1998.

<sup>8</sup> On pense pour notre part qu'il s'agit d'un champ très large regroupant toutes les questions relatives au patrimoine culturel. On a dit pourquoi au chapitre 3

Ces mécanismes peuvent être classées en fonction de la relevance finale qu'à travers eux l'Etat exerce sur les normes secondes régionales ou locales. Le mécanisme le plus classique est celui qui soumet la norme régionale seconde au respect d'une norme d'Etat supérieure, c'est le cas de la procédure italienne relative à l'adoption de règlements régionaux en matière de *tutela* (A.). Un autre mécanisme, français celui-là, aménage une égalité totale entre l'Etat et l'instance infra-nationale concernée, il s'agit de l'adoption des zones de protection du patrimoine urbain architectural et paysager (ZPPUAP) en France (B.).

#### **A. La participation de l'Etat à l'adoption de règlements en matière de *tutela* par les Régions italiennes**

Le nouvel article 117 de la Constitution, issu de la réforme de 2001, autorise « l'Etat à déléguer aux régions sa compétence réglementaire sur les matières de compétence exclusive » (alinéa 6). La *tutela* étant une matière exclusive de l'Etat, ce dernier dispose désormais du pouvoir discrétionnaire de déléguer sa compétence réglementaire aux régions. Ces délégations de compétence n'ont aucun caractère automatique et relèvent de l'appréciation discrétionnaire de l'Etat.

La perte de compétence normative que subirait l'Etat en cas de délégation sera en quelque sorte compensée par l'instrument juridique que la Constitution impose : il s'agit d'une délégation et non d'un transfert. Or la délégation permet au délégant de donner des directives au délégataire. Elle lui permet également de reprendre sa délégation<sup>9</sup>. Si l'Etat accepte ce mécanisme, contrairement à l'hypothèse de blocage envisagée précédent chapitre, il pourra donc indiquer les grandes lignes en fonction desquelles les règlements régionaux devront être adoptés et assurer ainsi une application uniforme du texte unique. Une ultime question reste toutefois ouverte, celle des modalités de détermination de ces grandes lignes. L'Etat les adoptera-t-il seul ou y associera-t-il les régions ? Il est probable qu'il les adopte seul, par analogie avec l'adoption des *principes fondamentaux* qui doivent encadrer les compétences normatives régionales en matière de valorisation. Cette question renvoie à l'absence de mécanismes de fédéralisme coopératif dont les possibles conséquences (des blocages) ont été étudiées au paragraphe 1.

---

<sup>9</sup> CAMMELLI (M.), "Delega amministrativa", *Enc. dir.*, 1988.

## B. La participation de l'Etat à l'adoption des ZPPUAP françaises

### 1) Présentation des ZPPAUP

Lorsqu'elle a été adoptée, la loi française de 1913 ne permettait que de protéger des monuments isolés. En 1943, vraisemblablement sous l'influence de la loi italienne de 1939, elle fut modifiée afin que l'environnement immédiat des monuments classés ou inscrits puisse être protégé <sup>10</sup>. Les zones de protection ainsi créées autour des monuments sont connues sous le nom que leur a attribué la pratique administrative et la doctrine : les abords.

Une étape supplémentaire a été franchie en 1983 avec la création d'un nouvel instrument de protection, la zone de protection du patrimoine architectural urbain, la ZPPAU <sup>11</sup> qui devient ZPPAUP avec l'adjonction de l'adjectif *paysager* en 1993 <sup>12</sup>.

Cette création répondait à une revendication et une évolution. La revendication était celle de l'insuffisance des abords. Les abords ont fait l'objet de vives critiques. Leur superficie englobe automatiquement toute la zone qui se trouve comprise dans un rayon de 500 mètres autour de l'immeuble protégé, quelle que soit la pertinence de cette distance vis-à-vis de la configuration des lieux. Le critère sur lequel repose l'application des servitudes légales (aucune modification ne peut avoir lieu sans l'autorisation d'un agent de l'Etat, l'architecte des Bâtiments de France) est la co-visibilité entre le monument et le point de la zone où une modification est envisagée. Or la co-visibilité est « *source de difficultés pratiques, voire juridiques. Il devait donc être abandonné d'autant plus qu'il traduit une conception purement esthétique et touristique des abords, devenue largement obsolète, à l'heure où les ensembles urbains sont conçus comme un tout* » <sup>13</sup>. Il apparut donc nécessaire de pouvoir créer une zone de protection propre à la situation de chaque monument et contenant des servitudes elles aussi *ad hoc*. L'évolution était celle de la nature du patrimoine culturel immobilier. Il ne pouvait plus être soutenu que ce patrimoine ne se composait que d'immeubles, aussi prestigieux soient-ils. Les ensembles immobiliers, devaient eux aussi être préservés en eux-mêmes et non en tant qu'abords d'un monument comme depuis 1943. La loi Malraux de 1962 sur les secteurs sauvegardés fut la première réponse apportée à la question de la protection des ensembles <sup>14</sup>. Mais la loi Malraux était

---

<sup>10</sup> Loi n°92 du 25 février 1943.

<sup>11</sup> Articles 70 à 72 de la loi 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.

<sup>12</sup> Loi 8 janvier 1993.

<sup>13</sup> FRIER (P.-L.), *Droit du patrimoine culturel*, op. cit., 184.

<sup>14</sup> Aujourd'hui articles L. 313-1 et suivants et articles R. 313-1 et suivants du Code l'urbanisme

à la fois un point de départ et un point d'arrivée. C'était un point de départ car c'est la première fois qu'un instrument législatif permettait la protection d'ensembles urbains (des quartiers anciens). C'était un point d'arrivée car la protection des secteurs sauvegardés n'était confiée qu'à l'Etat. La loi conférait donc à l'Etat le même monopole que celui dont il disposait déjà vis-à-vis des monuments historiques.

La ZPPUAP répond à la critique des abords des monuments historiques car elle a pour but, à terme, de s'y substituer. Elle répond à la nécessité de protéger des ensembles car elle peut être créée pour la seule qualité architecturale, urbaine ou paysagère d'un quartier ou d'un site « *à protéger ou à mettre en valeur pour des motifs d'ordre esthétique ou historique* » qui peut ne pas comprendre de monument historique (article 70 de la loi de 1983). Elle répond en outre aux revendications de décentralisation patrimoniale émises par les communes car selon P.-L. Frier « *toute l'économie de la ZPPAUP repose sur une collaboration entre l'Etat et la commune, celle-ci jouant de préférence un rôle pilote* » <sup>15</sup>. C'est ce qu'on constatera en étudiant les quatre phases autour desquelles s'articule la procédure d'adoption des zones : l'initiative, l'élaboration du projet de zone, l'évocation de la part du ministre (phase facultative) et la création de la zone.

La nature juridique des ZPPAUP est clairement celle d'un acte réglementaire, c'est-à-dire une norme seconde selon la terminologie qu'on suit ici. La loi du 7 janvier 1983 prévoyait que la zone contenait des « *prescriptions particulières en matière d'architecture et de paysage* » (article 70), mais le décret d'application du 25 avril 1984 parlait, lui, de « *règles générales et particulières* » applicables à la zone dans sa totalité ou à certaines de ses parties (article 3). La jurisprudence est également claire. Le tribunal administratif de Grenoble a eu l'occasion de déclarer qu'il résultait de l'ensemble des dispositions légales et réglementaires relatives à ces zones que « *l'interdiction de construire est au nombre des prescriptions qui peuvent être légalement instituées par une ZPPAUP* » <sup>16</sup>.

## 2) Le monopole de l'initiative des communes

L'initiative relève des communes sur le territoire desquelles une zone est envisagée. Elle est exprimée par une délibération du ou des conseils municipaux concernés, ou du préfet de région <sup>17</sup>. En aucun cas l'Etat ne peut prendre l'initiative de la création d'une zone sans l'accord de la ou des communes concernées. Comme l'a souligné D. de

---

<sup>15</sup> FRIER (P.-L.), *Droit du patrimoine culturel, op. cit.*, 187.

<sup>16</sup> TA Grenoble, 27 mai 1998, *Mme Pernoud et autres*, AJDA, 1998, 1044 note C.S.

<sup>17</sup> Article 70 de la loi du 7 janvier 1983 et article 1 du décret d'application n°84-304 du 25 avril 1984.

Bellescize « *cette liberté correspond à l'élan décentralisateur de la loi (de 1983). Avec le transfert des compétences, la commune a acquis le plein pouvoir de maîtriser l'utilisation du sol : elle élabore librement son plan d'occupation des sols (aujourd'hui plan local d'urbanisme), elle délivre le permis de construire. Il était donc normal qu'elle ait l'initiative de créer une ZPPAUP* » 18.

### 3) La co-compétence d'instruction des projets de zone

Une fois la décision de créer une zone adoptée ou acceptée, s'ouvre une importante phase d'études préparatoires durant laquelle le projet est élaboré.

L'étude est conduite sous l'autorité des maires avec l'assistance de l'architecte des Bâtiments de France. Les maires sont libres de choisir le chargé d'études qui peut être soit un architecte d'Etat, soit un architecte communal ou d'une autre collectivité territoriale soit enfin un architecte libéral. La tâche du chargé d'étude est de recueillir l'ensemble des informations patrimoniales locales. L'Etat participe aux frais d'étude à la hauteur de 50% 19.

Dès que cette phase d'instruction est achevée, le projet de zone est soumis aux conseils municipaux pour avis puis transmis au préfet de département qui le soumet à une enquête publique et recueille l'avis de la commission régionale du patrimoine et des sites 20. Il l'adresse ensuite avec son propre avis ainsi qu'avec les conclusions du commissaire enquêteur au préfet de région.

Ce dernier peut modifier le projet en fonction des avis dont il est accompagné (celui du préfet de département, celui du commissaire enquêteur, celui des conseils municipaux et celui de la commission régionale du patrimoine et des sites). En cas de modification préfectorale qui entraînerait une augmentation sensible des contraintes de la zone, une nouvelle enquête publique sera nécessaire.

---

18 BELLESCIZE (D. de), "De l'ancienne à la nouvelle législation sur la protection du patrimoine architectural et des sites : les zones de protection du patrimoine architectural et urbain", *RDP*, 1986, 771-813, 800. Sur les compétences des communes françaises en matière d'urbanisme à la suite de la décentralisation, voir PRIET (F.), *La décentralisation de l'urbanisme. Essai sur la réforme de 1983-1985*, LGDJ, 1995.

19 Lorsque la mise à l'étude la zone est prescrite par arrêté du préfet de région et acceptée par les communes, elle est conduite par le préfet de département assisté de l'architecte des Bâtiments de France et en liaison avec les maires des communes concernées par le projet. La procédure est rare. Les communes peuvent toutefois demander à ce que la procédure d'étude soit placée sous la conduite du maire.

20 Le collège régional du patrimoine et des sites est un organe consultatif de l'Etat au niveau de la région, spécialement créé en 1984 pour conseiller le préfet de département et le préfet de région lors de l'élaboration du projet de ZPPAUP (décret n°84-305 du 25 avril 1984). A la suite de la loi du 27 février 1997 ce collège a fusionné avec la commission régionale du patrimoine historique, archéologique et ethnologique (Corephae) pour donner naissance à la commission régionale du patrimoine et des sites (CRPS).



#### 4) L'évocation du projet de zone par le ministre

L'article 70 de la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 attribue au « *ministre compétent* » le pouvoir d'évoquer « *tout projet de zone de protection* ». Cela constitue une véritable clause de sauvegarde en faveur de l'Etat <sup>21</sup>.

Ni la loi de 1983 ni son décret d'application de 1984 ne précisent les conditions de l'évocation ministérielle. C'est seulement dans la circulaire n° 84-85 du 1<sup>er</sup> juillet 1985 *relative aux zones de protection du patrimoine architectural et urbain*, que des informations sont fournies : « *l'évocation ministérielle (...) est susceptible d'intervenir lorsque, par exemple, le projet de zone met au jour des enjeux ou des problèmes insuffisamment pris en compte: délimitation choisie, degré de précision ou portée des prescriptions proposées, coordination intercommunale mal maîtrisée, articulation avec d'autres procédures ... . Ce peut être également le cas si sont apparues des difficultés juridiques ou procédurales graves. (...) Ce pouvoir peut être exercé à n'importe quel moment où le projet, après avoir été soumis à l'avis des conseils municipaux, a été transmis au commissaire du gouvernement. Dès lors qu'il a évoqué un projet de ZPPAUP, le ministre veille à l'accomplissement de toutes les phases de la procédure normale restant à effectuer (...)* » <sup>22</sup>.

Le ministre peut évoquer un dossier de ZPPUAP à deux moments de l'instruction. Le détail des procédures d'évocation ne nous intéresse pas. Ce qui compte en revanche c'est que l'évocation ne donne pas au ministre le pouvoir d'agir au fond sur le contenu du projet, ou en tout cas pas plus que ne pouvait le faire le préfet de région. Il est certes le supérieur hiérarchique du préfet de région mais il n'est pas le supérieur du maire. Le ministre ne fait qu'assurer le rôle de "responsable de procédure" qui était celui du préfet de région.

#### 5) La co-décision de création de la zone

Que le projet ait fait ou non l'objet de modifications de la part du préfet de région (ou du ministre en cas d'évocation), il est transmis par ce dernier aux conseils municipaux. Ceux-ci doivent alors donner leur accord, et non leur simple avis. Sans cet accord la création de la zone ne peut intervenir. Lorsque l'accord est recueilli, la zone est créée par

---

<sup>21</sup> De manière générale ce pouvoir appartient au ministre chargé de l'urbanisme (même si cela ne semble plus devoir s'imposer depuis la réforme de 1996 - 1998 qui a vu les services chargés de l'architecture revenir au sein du ministère de la culture). Le décret d'application de la loi a précisé les conditions d'exercice de ce pouvoir. De manière particulière, lorsque le projet de zone inclut un immeuble classé ou inscrit au titre des monuments historiques, le ministre chargé de la culture peut saisir le ministre chargé de l'urbanisme aux fins de l'exercice de son pouvoir d'évocation. La zone est alors créée par un arrêté conjoint du ministre chargé de l'urbanisme et du ministre chargé de la culture.

<sup>22</sup> Non parue au *JORF*, mais publiée au *Recueil* n°1345, 197

arrêté préfectoral (ou ministériel en cas d'évocation). Il n'existe aucune procédure permettant de passer outre à l'absence d'accord des conseils municipaux concernés. L'instrument souvent utilisé dans ces situations, le décret en Conseil d'Etat, n'est pas prévu.

Comme le soulignait A.-H. Mesnard, la création d'une ZPPAUP résulte bien « d'une codécision requérant l'accord des collectivités et de l'Etat, ce qui permet tout à la fois aux représentants de l'Etat de ne pas laisser passer de projets trop laxistes à leurs yeux et aux élus locaux de se prononcer après avoir informé la population et l'avoir consultée »<sup>23</sup>.

### **§ 3 La participation des instances infra nationales à l'adoption par l'Etat d'instruments d'encadrement du pouvoir de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels des instances infra nationales**

On a vu au chapitre 3 que les années 1990 ont connu un accroissement remarquable des compétences des instances infra nationales italiennes et françaises de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels. Cet accroissement avait des origines différentes selon les systèmes. En France, les collectivités territoriales ont pris conscience de toutes les possibilités que leur offrait leur clause générale de compétence. En Italie, les régions et autres instances locales se sont vues formellement attribuer de très nombreuses compétences entre 1997 et 2001.

Or, de la même manière que l'Etat participe à l'adoption des normes régionales ou locales (premières ou secondes), il a symétriquement ouvert l'adoption de ses instruments d'encadrement des compétences des instances infra nationales de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels (qu'auparavant il adoptait seul) à la participation des instances infra nationales.

Ajoutons qu'en Italie, le décret législatif du 20 octobre 1998 n.368 (relatif à la nouvelle organisation du ministère des biens et des activités culturels) fixe, entre autres, comme objectif au ministère de « *favoriser la coopération avec les régions et les collectivités locales* » (article 1)<sup>24</sup>. Cette incitation à la coopération entre le ministère,

---

<sup>23</sup> MESNARD (A.H.), "Démocratisation de la protection et de la gestion du patrimoine culturel immobilier en France", RDP, 1986, 741-769, 755.

<sup>24</sup> Décret législatif du 20 octobre 1998 n.368, *Institution du ministère des biens et des activités culturelles selon l'article 11 de la loi du 15 mars 1997*, n.59, GURI, 26 octobre 1998, n.250, 3.

c'est-à-dire l'Etat, et les instances infra nationales concerne au premier chef les activités de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels, mais, selon nous, elle doit également être comprise comme s'étendant à toutes les activités induites par la détermination concrète de l'intérêt public, à savoir leur encadrement et leur programmation.

A côté des cas où les instances infra nationales participent à la procédure d'adoption de ces instruments (A.) on évoquera deux cas plus originaux d'association entre l'Etat et des instances infra nationales : celui relatif à l'*acte d'orientation* italien sur les musées (B.) et celui relatif aux programmes entre l'Etat et les instances infra nationales en France et en Italie qui met en place une véritable co-décision entre l'Etat et les instances infra nationales (C.).

#### **A. La participation des instances infra nationales à l'adoption par l'Etat d'instruments d'encadrement du pouvoir de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels des instances infra nationales**

Les deux systèmes juridiques connaissent des mécanismes de ce genre. Mais entre eux il subsiste une grande différence d'échelle. Si en Italie cette participation est devenue la règle (1), en France elle est toujours l'exception (2).

##### **1) La participation des instances infra nationales à l'adoption par l'Etat italien d'instruments d'encadrement du pouvoir de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels des instances infra nationales**

En ce qui concerne l'Italie on signalera tout d'abord que la procédure d'adoption des instruments d'encadrement des compétences attribuées aux régions, qui auparavant relevait de l'Etat seul, a été ouverte à ces mêmes régions en 1998 (a). On verra ensuite comment la réforme constitutionnelle de 2001, tout en faisant de l'Etat l'instance compétente pour adopter, par la loi, des instruments d'encadrement cadres, exige que le contenu de ces instruments d'encadrement soit déterminé par l'Etat et les régions en commun (b).

##### **a) La coordination Etat-Régions pour l'encadrement des compétences régionales de mise en valeur**

La loi du 15 mars 1997 n.59 dite *Bassanini uno*, qui a ouvert la voie au fédéralisme administratif a profondément modifié la procédure d'adoption des *actes d'orientation et de coordination des activités administratives régionales* qu'on a évoqués précédemment et

dont on rappelle qu'ils ont vocation à encadrer les compétences de détermination concrète de l'intérêt public transférées par l'Etat aux régions. Jusqu'à cette date, ces actes étaient adoptés par l'Etat seul (en l'occurrence par le Conseil des ministres) qui n'avait en outre aucune obligation de consulter les régions. La loi *Bassanini uno* a introduit l'obligation de l'entente préalable (*previa intesa*) avec la conférence Etat-Régions ou avec la région concernée avant l'adoption par le Conseil des ministres de ces critères directifs de l'action régionale (article 8) <sup>25</sup>. En ce qui concerne les biens culturels, il est peu probable que ces actes (nouvelle formule) aient été utilisés car, dans le domaine de la mise en valeur (qui était le seul dans lequel ils auraient pu intervenir) l'Etat n'avait pas de compétence normative puisque la loi annoncée par le décret n.616 de 1977 n'a jamais été adoptée. C'est sans doute pour remédier à cette carence que le décret législatif du 31 mars 1998 prévoyait que « *la mise en valeur des biens culturels est normalement réalisée par des formes de coopération structurelle et fonctionnelle entre l'Etat, les régions et les collectivités locales* » (article 152).

Quoi qu'il en soit, ni les *actes d'orientation et de coordination*, ni les *formes de coopération structurelle et fonctionnelle entre l'Etat, les régions et les collectivités locales* ne peuvent plus être mis en œuvre vis-à-vis des compétences régionales en matière de valorisation des biens culturels depuis l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle de 2001 <sup>26</sup>. A partir de cette date, la valorisation des biens culturels devient une matière de compétence normative régionale et l'Etat n'a plus de fondement pour adopter ces actes d'encadrement <sup>27</sup>. La question de l'encadrement relève désormais de la seule compétence régionale dont l'étude excède le cadre de ce travail.

#### b) La réserve de loi du nouvel article 118 nouveau de la Constitution

L'article 118 alinéa 3 de la Constitution a prévu que « *la loi de l'Etat organise des formes d'entente et de coordination dans la matière de la tutela des biens culturels* ». On a vu au chapitre 3 que cette disposition avait pour but d'encadrer les fonctions administratives que les instances infra nationales pourraient un jour exercer en matière de *tutela*. Elle permettrait alors à l'Etat d'adopter par voie législative des instruments cadres

---

<sup>25</sup> La Cour constitutionnelle ne s'est pas opposée à cette obligation de co-décision entre l'Etat et les régions, Corte cost. 408/98. La loi prévoit néanmoins qu'à l'occasion de certaines circonstances (urgence et silence prolongé des régions), l'Etat peut passer outre à l'accord de la région et/ou de la conférence.

<sup>26</sup> Pas plus qu'avant la réforme, il ne semble pas que de tels actes aient été adoptés après la réforme.

<sup>27</sup> On rappellera qu'il n'en avait déjà pas puisque la loi annoncée par le décret n.616 de 1977 n'a jamais été adoptée.

d'encadrement de fonctions administratives. La question de la participation de ces instances à l'élaboration de ces lois n'est pas prévue par la Constitution et renvoie, encore une fois, au problème de l'absence de mécanismes relevant du fédéralisme participatif. En revanche, la Constitution indique clairement que le contenu de ces instruments devait être défini sur le fondement d'un accord entre l'Etat et les instances infra nationales concernées.

2) La participation des instances infra nationales à l'adoption par l'Etat français d'instruments d'encadrement du pouvoir de détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels des instances infra nationales

La France compte deux cas de participation des instances infra nationales à la définition d'instruments d'encadrement des compétences de détermination concrète de ces mêmes instances. Premièrement, les collectivités territoriales ont été invitées par l'Etat à participer à l'orientation générale de l'application des conventions-cadre *Villes et pays d'art et d'histoire* (a). Deuxièmement, en 1998, la Nouvelle-Calédonie est devenue la seule instance habilitée à participer de manière paritaire avec la France à l'orientation de l'application de la loi de 1913 et des autres lois patrimoniales (b).

a) La participation des collectivités territoriales à l'orientation générale de l'application des conventions-cadre *Villes et pays d'art et d'histoire* en France

On a vu au chapitre précédent que la France avait, en partie, comblé son vide normatif en matière de mise en valeur des biens culturels par la création de trois conventions-cadre intitulées *Villes d'art*, *Villes d'art et d'histoire*, *Pays d'art et d'histoire*. Les collectivités territoriales peuvent y adhérer si elles s'engagent à respecter les termes de la convention en échange de quoi, elles se voient attribuer un label ainsi qu'un support technique et financier.

En 1995, un Conseil national des Villes et des Pays d'art et d'histoire a été créé<sup>28</sup>. En son sein siègent des représentants des collectivités territoriales ayant adhéré à une de ces conventions. Ce Conseil émet un avis sur « *les orientations générales de la politique des villes et pays d'art et d'histoire ; sur les engagements demandés aux partenaires (...) et sur l'évolution des politiques d'animation patrimoniales menées dans le cadre des conventions (...)* » (article 2).

---

<sup>28</sup> Arrêté ministériel du 5 mai 1995 portant création d'un Conseil national des villes et pays d'art et d'histoire, JORF, 7 mai 1995, 7545.

b) La participation paritaire entre la Nouvelle-Calédonie et la France à l'orientation de l'application de la loi de 1913

On a vu au fil des chapitres précédents que le 4 mai 1998 la France et la Nouvelle-Calédonie avaient signé un accord qui faisait de la Nouvelle-Calédonie un pays à souveraineté partagée. Cet accord prévoyait qu'un accord d'application dit *accord particulier* pouvait intervenir entre les deux partenaires sur toutes ou seulement sur des « *questions relatives au patrimoine culturel* ».

Toutefois, en dehors même de la conclusion de cet accord qui n'est d'ailleurs toujours pas intervenue, l'accord du 5 mai 1998 prévoyait, dans ces dispositions relatives à l'identité kanak, que la loi de 1913 et les autres lois patrimoniales françaises allait être appliquées selon des orientations particulières. Il indiquait en effet que « *les règles protectrices des monuments historiques* » seront appliquées aux sites sacrés kanaks (point 1.3.1) et que « *les moyens juridiques dont dispose l'Etat pour la protection du patrimoine national seront mis en œuvre* » pour le retour en Nouvelle-Calédonie « *d'objets culturels kanak qui se trouvent dans des musées ou des collections en France métropolitaine ou dans d'autres pays* » (point 1.3.2.)<sup>29</sup>. En somme le patrimoine culturel kanak sera reconstitué et sauvegardé (en Nouvelle-Calédonie uniquement) mais en application de la loi de 1913 et des autres lois patrimoniales. On ne peut sans doute pas parler de fédéralisme patrimonial mais plutôt de politique fédéraliste dans l'application de la loi nationale de 1913 et des autres lois patrimoniales, le patrimoine lié à cette culture particulière n'étant plus considéré comme national mais comme kanak. La pratique de l'administration française des musées qui consistait à regrouper les objets culturels kanaks en métropole et plus particulièrement à Paris (*ex* musée de la Porte Dorée) ne reposait que sur une interprétation des lois patrimoniales. Le retour de ces mêmes objets en Nouvelle-Calédonie repose sur une autre interprétation de ces mêmes lois, mais une interprétation qui est le fruit d'un accord entre la France et la Nouvelle-Calédonie.

#### **B. L'adoption par l'Etat italien de l'acte d'orientation sur les musées élaborés par des instances infra nationales**

On a vu au chapitre précédent qu'en mai 2001, le ministre des biens et des activités culturelles avait adopté, sous forme de décret, un acte original intitulé *acte d'orientation sur*

---

<sup>29</sup> L'accord poursuit sur ce point en indiquant que des « *conventions seront passées avec ces institutions pour le retour de ces objets ou leur mise en valeur* ». L'adjectif kanak désigne ce qui a trait à la culture indigène de l'archipel.

*les critères technico-scientifiques et sur les standards de fonctionnement et de développement des musées.*

Ce décret trouve son fondement légal dans le décret législatif n.112 du 31 mars 1998 qui indique que le ministre définit par décret les critères technico-scientifiques et les standards *minima* qui doivent être observés dans l'exercice des activités transférées qui relèvent de la notion de gestion (alinéa 6 de l'article 150), le principe d'un transfert de la gestion de certains musées de l'Etat ayant été adopté par la loi *Bassanini bis* du 15 mai 1997 n.127 (article 17 alinéa 3).

On a vu également qu'en mai 1999, en installant la commission paritaire chargée de dresser la liste des musées dont la gestion était transférée à d'autres instances publiques que l'Etat, le ministre développa une interprétation de l'alinéa 6 de l'article 150 d'une grande importance. Premièrement, il décida que les critères et les standards devaient être élaborés et déterminés de manière à être utilisables et utiles non seulement « *dans l'exercice des activités transférées* » comme l'objet de l'article sur le fondement duquel elles ont été adoptées aurait pu le laisser penser, mais également dans la gestion ordinaire de tous les musées italiens quelle que soit la personne morale chargée de leur gestion. Deuxièmement, il décida, après avoir rappelé sa compétence quant à la définition (formelle) des critères et des standards, que leur prédisposition devait advenir au moyen d'une concertation élargie et partagée entre le ministère et les collectivités territoriales en vue de l'application générale.

Or, dans le but de participer à l'élaboration de ces standards et de ces critères un groupe de travail entra spontanément en activité à partir de mars 1999 (des contacts avaient été pris dès la fin de 1998) c'est-à-dire avant la mise en place officielle de la commission paritaire. Ce groupe de travail était composé de représentants de la Conférence des régions, de l'Association nationale des communes italiennes, de l'Union des provinces italiennes, de membres du comité italien de l'Icom. Le ministère y plaça un de ses fonctionnaires en tant qu'observateur. En septembre 1999 ce groupe de travail était en mesure de transmettre à la commission paritaire un document intitulé *Standards pour les musées italiens* et articulé en huit domaines. La commission paritaire estima que le travail réalisé correspondait à ce que prévoyait l'article 150 du décret législatif. Elle demanda au ministre que les questions évoquées soient approfondies de manière systématique par les meilleurs experts. Aussi le ministre créa-t-il un *Groupe technique de travail pour la définition des standards* par décret du 25 juillet 2000. Ce groupe (officiel cette fois) reprit de nombreux membres du groupe officieux et introduisit des spécialistes appartenant au ministère ainsi

que des experts indépendants. Il rendit son travail en mars 2001 dans un document intitulé *Critères technico-scientifiques et standards pour les musées* qui reprenait les huit domaines déjà dégagés en fixant pour chacun une *norme technique* et des *lignes d'orientations*. Ce document a été approuvé par la commission paritaire ainsi que par la conférence unifiée qui réunit des représentants de l'Etat, des régions, des provinces et des communes (19 avril 2001) <sup>30</sup>. Elle a été adoptée sous forme de décret par le ministre le premier mai 2001 sous le nom d'*acte d'orientation sur les critères technico-scientifiques et sur les standards de fonctionnement et de développement des musées*.

L'originalité de ce décret, comme le souligne G. Sciullo, est que sous sa forme d'acte unilatéral il est de nature participative et ce, pas seulement parce qu'il a reçu l'approbation de la conférence unifiée qui rassemble des régions des collectivités territoriales et de l'Etat, mais surtout à cause du processus qui a présidé à son élaboration <sup>31</sup>. Il est en effet né d'une initiative du « système des autonomies » selon l'expression italienne qui désigne les régions ou plus généralement l'ensemble des personnes publiques qui ne sont pas l'Etat ou qui ne relèvent pas de lui. Il a été élaboré par les collectivités locales, par les régions, par l'Etat, par des spécialistes : « *La périphérie a participé à fixer les règles destinées à valoir également pour le centre ou, de manière plus exacte, à tous* » <sup>32</sup>. Contrairement au mode de formation habituel des normes de l'Etat, ces orientations relèvent au moins d'une « *codécision dans la détermination des règles* » <sup>33</sup>. Il s'agit d'un mécanisme bien différent de la simple participation à une procédure décisionnelle organisée et conduite de manière unilatérale. Certes, l'Etat a repris en main une initiative née en dehors de lui, certes, il a désigné les membres du deuxième groupe de travail, certes il a participé à l'élaboration du contenu, mais, dans l'ensemble, on ne peut s'empêcher d'estimer que sa participation vaut surtout pour avoir reconnu un document partiellement élaboré en dehors de lui et lui avoir donné vie juridique (et normative). Ce genre d'acte, bien que rare encore, commence d'ailleurs à attirer l'attention de la doctrine qui tente de lui trouver une place parmi les types d'actes normatifs connus et au besoin à revoir les classifications existantes pour asseoir cette place. C.-A. Morand parle à cet égard de reprise

---

<sup>30</sup> Sur la conférence unifiée voir le chapitre précédent.

<sup>31</sup> Sur la procédure SCIULLO (G.), "Musei e codecisione delle regole", *Aedon*, 2001, n.2.

<sup>32</sup> *Id.*

<sup>33</sup> *Id.*



par le droit étatique de réglementations privées qu'il rend obligatoire <sup>34</sup>. Cet auteur a attiré l'attention sur les deux grandes questions juridiques que lui paraisse poser cette nouvelle catégorie d'actes. La première est celle de l'étendue du blanc seing que l'Etat donne aux personnes privées ou publiques pour élaborer le contenu de la réglementation. On notera dans notre cas que l'originalité de la procédure d'adoption suivie ne provient pas de règles de procédures consacrées mais d'une interprétation que le ministre a faite de ses propres pouvoirs, de son propre pouvoir discrétionnaire en somme. Il n'est pas dit que d'autres ministres fassent la même interprétation. La seconde question est celle du contrôle juridictionnel sur le contenu de ces actes, mais sur laquelle il n'est pour l'instant pas possible de faire autre chose que des conjectures.

### **C. La participation des instances infra nationales à l'adoption de programmes en Italie et en France**

Qu'il s'agisse de la programmation italienne propre à l'ensemble des biens culturels (1) ou à certains d'entre eux (2) ou de l'utilisation en Italie et en France d'instruments généraux de programmation (3), on constate qu'en France et surtout en Italie, la tendance est à la négociation contractuelle ou du moins à la coordination des instruments de programmation entre l'Etat d'une part et les instances infra nationales concernées d'autre part.

#### **1) La participation des instances infra nationales aux programmes propres à l'administration d'Etat des biens culturels en Italie**

La programmation nationale est constituée par le « *programme triennal des interventions dans les secteurs des biens culturels* » <sup>35</sup>. Ce programme triennal, qui s'articule en un ou plusieurs plans d'application, est arrêté par le ministre après avis du Conseil pour les biens culturels et d'environnement (article 3 du décret législatif du 20 octobre 1998 n.368 qui réorganise le ministère des biens et des activités culturelles). Il est issu des propositions faites par les commissions régionales des biens et les activités culturels créées le décret législatif du 31 mars 1998 n.112 (article 154). Ces commissions sont composées, sur une base paritaire, de représentants de l'Etat et de représentants des

---

<sup>34</sup> MORAND (C.-A.), "La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit" in MORAND (C.-A.) ed., *L'Etat propulsif*, Publisud, 1991, 181-219, 193.

<sup>35</sup> Ce programme a été créé par la loi du 10 février 1992 n.145, *Interventions organiques de protection et valorisation des biens culturels* (article 1). Il a été repris à l'article 155 du décret législatif du 31 mars 1998. Le premier programme triennal a été adopté en 1992 par le décret ministériel du 6 mars 1992, *GURI*, 13 mars 1992 n.61.

régions, des collectivités locales, de la conférence épiscopale et des entrepreneurs. Elles sont chargées de participer à la programmation nationale et régionale en matière de biens culturels, d'harmoniser et de coordonner, dans le cadre du territoire régional, les initiatives de l'Etat, celles des régions, celles des collectivités locales et celles de n'importe quelles autres personnes publiques ou privées. Cette programmation est donc désormais placée sous le signe de la coordination. S. Foà a souligné en ce sens « *le dépassement des formes de programmation 'unilatérales' utilisées précédemment par le Ministère (...)* »<sup>36</sup>.

On n'observe rien de tel en France. Les programmes élaborés par l'administration d'Etat le sont selon une procédure discrétionnaire. La participation des instances infra nationales n'est pas exclue mais elle n'a rien de systématique. Selon le rapport remis au ministre de la Culture en novembre 2002 par la Commission 'Patrimoine et décentralisation', 30 % des départements et 10% des régions participent au financement des travaux programmés par l'Etat<sup>37</sup>. Mais il est à peine besoin de souligner que participer au financement de ces programmes est différent de participer à leur élaboration.

## 2) Les accords entre l'Etat italien et la Conférence épiscopale italienne en matière de programmes relatifs aux biens culturels d'intérêt religieux

Les relations entre l'Etat italien et l'Eglise catholique sont organisées sur la base d'un concordat et d'un traité qui remontent à 1929<sup>38</sup>. Le concordat de 1929 fut révisé entre 1984 et 1985. L'article 12 de l'accord concordataire du 18 février 1984 (rendu exécutif en Italie par la loi du 25 mars 1985 n.121) pose un principe de collaboration entre la République italienne et le Saint Siège « *pour la protection du patrimoine historico-artistique* »<sup>39</sup>. Dans le but « *d'harmoniser la loi italienne avec les exigences de caractère religieux* », les deux parties concordent « *les dispositions opportunes pour la sauvegarde, la valorisation et la jouissance des biens culturels d'intérêt religieux appartenant à des*

---

<sup>36</sup> FOA (S.), "L'accordo di programma quadro tra il ministero per i Beni e le Attività culturali e la regione Piemonte", *Aedon*, 2001, n.2, 6.

<sup>37</sup> COMMISSION 'PATRIMOINE ET DECENTRALISATION', *Reflexions et propositions pour une politique nationale du patrimoine (Etat, collectivités territoriales et secteur privé)*, rapport remis au ministre de la culture le 18 novembre 2002.

<sup>38</sup> La loi du 27 mai 1929, n.810, donne « *pleine et entière exécution au Traité, à ces quatre annexes et au Concordat, signés à Rome, entre le Saint Siège et l'Italie, le 11 février 1929* ».

<sup>39</sup> Sur l'article 12 de cet accord voir CARON (P.G.), "La tutela del patrimonio storico ed artistico nell'articolo 12 del nuovo concordato" et PETRONCELLI HÜBLER (F.), "Brevi note sulla tutela dei beni culturali nell'accordo di modificazioni del concordato" in COPPOLA (R.), a cura di, *Atti del convegno nazionale di studio su il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede*, Giuffrè, 1987, respectivement 704-716 et 718-726.

*établissements et à des institutions ecclésiastiques* »<sup>40</sup>. Sur le fondement de l'article 12 un accord (*intesa*) fut signé entre le ministre chargé des biens culturels et le président de la Conférence épiscopale italienne en 1996<sup>41</sup>.

La partie de cet accord qui nous intéresse est moins relative à l'élaboration de programmes relatifs aux biens culturels d'intérêt religieux qu'à l'harmonisation des programmes respectifs. Pour ce faire, les administrations d'Etat font part de leurs projets de programme pluriannuels et annuels d'intervention sur les biens culturels (et des plans de financements qui y sont liés) aux organes ecclésiastiques et en particulier des interventions prévues dans le domaine des biens culturels d'intérêt religieux. En contre partie, les organes ecclésiastiques informent l'Etat de leurs propres programmes d'intervention et des interventions qu'ils souhaiteraient que l'Etat réalise<sup>42</sup>. Les parties s'engagent en outre à se tenir informées de la réalisation de leurs programmes respectifs<sup>43</sup>.

Afin de suivre tous les mécanismes de collaboration prévus par cet accord et d'examiner les problèmes d'intérêt commun il est créé un *Observatoire central des biens culturels d'intérêt religieux de propriété ecclésiastique* qui est composé d'un nombre égal de représentants du ministère et de représentants du de la Conférence épiscopale. Sa présidence est également paritaire.

### 3) La contractualisation des instruments généraux de programmation en France et en Italie

Comme l'ensemble des matières figurant dans les instruments généraux de programmation, les volets relatifs aux biens culturels de ces programmes font l'objet d'une contractualisation entre l'Etat et les instances infra nationales concernées. L'étude des indispensables aspects formels de ces instruments (a) doit être accompagnée par celle des enjeux et des rapports de force qui peuvent être à l'œuvre derrière eux (b).

---

<sup>40</sup> D'autres dispositions concernent d'une part les bibliothèques et les archives et d'autre part le régime des catacombes chrétiennes.

<sup>41</sup> Accord approuvé par le décret du Président de la République du 26 septembre 1996 n.571, *GURI*, 8 novembre 1996, SG n.262, 13.

<sup>42</sup> Sur les programmes de l'Etat et de l'Eglise dans ce domaine voir, avant l'entrée en vigueur de l'accord de 1996, BORSI (F.), "Linee programmatiche per gli organi dello Stato" et SANTI (G.), "Linee programmatiche per gli organi della Chiesa", in FELICIANI (G.), a cura di, *Beni culturali di interesse religioso. Legislazione dello Stato ed esigenze di carattere confessionale*, il Mulino, 1995, respectivement, 189-193 et 195-201.

<sup>43</sup> Comme tenu des nouvelles compétences normatives que la réforme constitutionnelle de 2001 a accordé aux régions, il est vraisemblable que les régions et les organes ecclésiastiques compétents signeront, à leur niveau des accords semblables. De tels accords sont d'ailleurs esquissés à l'article 8 de l'entente de 1996.

a) La contractualisation des instruments généraux de programmation du point de vue formel

En Italie, l'instrument le plus utilisé par le ministère des biens et des activités culturelles est celui des *ententes institutionnelles de programme*, *Intesa istituzionale di programma* <sup>44</sup>. Ces ententes ont été créées par la loi du 23 décembre 1996 n.662 (article 2, alinéa 203, lettre b). Selon cette loi, « *l'intervention qui concerne une multiplicité de personnes publiques et privées et qui implique des décisions institutionnelles et des ressources financières à la charge des administrations étatiques, régionales et des provinces autonomes ainsi que des collectivités locales peut être réglée sur le fondement d'un accord* » dit entente institutionnelle de programme. Il s'agit d'un « *accord entre administration centrale, administrations régionales ou des provinces autonomes par lequel ces administrations s'engagent à collaborer sur le fondement d'une reconnaissance programmatique des ressources financières disponibles, des personnes intéressées et des procédures administratives nécessaires, pour la réalisation d'un plan pluriannuel d'interventions d'intérêt commun ou fonctionnellement reliées* ». Les ententes institutionnelles de programme, dont le but ultime est le développement économique d'un espace géographique, sont des planifications en cascade qui se développent sur trois niveaux. Le premier niveau est celui des ententes proprement dites. Elles se bornent à fixer des axes prioritaires d'intervention. Le second niveau, intermédiaire, est constitué par les *accords de programme cadre* que les contractants élaborent selon les mêmes modalités que celles suivies pour l'entente. Les accords de programme cadre approfondissent les choix des ententes en dégageant des *lignes programmatiques*. Le troisième et dernier niveau est celui des projets concrets qui passe par la signature pour chaque projet d'*accord de programme* <sup>45</sup> ou d'accords prévus par les articles 14 et 15 de la loi du 7 août 1990 n.241 <sup>46</sup>.

Les ententes institutionnelles de programme et les accords de programme cadre qui ont été signées jusqu'à présent dans le domaine des biens culturels l'ont été entre l'Etat et

---

<sup>44</sup> Sur le phénomène de la contractualisation de la programmation en général, FERRARA (R.), "La programmazione 'negoziata' fra pubblico e privato", *Dir. Amm.*, 1999, 429.

<sup>45</sup> Ces accords sont prévus à l'article 27 de la loi du 8 juin 1990 n.142. Ils sont conclus lorsque plusieurs personnes publiques, au premier rang desquelles l'Etat, les régions, les provinces et les communes, veulent réaliser un projet commun.

<sup>46</sup> Conférences de services et autres.

une région déterminée (Piémont, Lombardie, Toscane, Latium)<sup>47</sup>. Mais les réalisations concrètes qu'ils planifient sont bien évidemment ouvertes aux autres personnes intéressées, publiques mais également privées.

En ce qui concerne les accords de programme cadre, la délibération du Comité interministériel pour la programmation économique (CIPE) du 21 mars 1997 concernant l'organisation de la programmation négociée prévoit que « *le processus de négociation des accords de programme cadre doit comprendre la consultation des organes périphériques de l'Etat (en l'occurrence les surintendances), les collectivités locales, les établissements publics et toute autre personne publique ou privée intéressée par la négociation* »<sup>48</sup>.

En France, l'intervention financière des collectivités locales vis-à-vis du patrimoine, qui développent leurs propres programmes de financement, devrait pousser l'Etat à ouvrir sa propre programmation à ces nouveaux bailleurs afin de rationaliser les dépenses. Les contrats de plan sont les instruments juridiques dans lesquels les deux programmations confluent parfois.

Ils ont été créés par la loi du 29 juillet 1982 relative à la réforme de la planification dont l'article 11 prévoyait que « *L'Etat peut conclure avec les collectivités territoriales, les régions, les entreprises publiques ou privées et éventuellement d'autres personnes morales des contrats de plan comportant des engagements réciproques des parties en vue de l'exécution du plan et de ses programmes prioritaires* »<sup>49</sup>. Les contrats de plan sont des instruments par lesquels l'Etat et les régions s'engagent pour une durée de 5 ou 6 ans sur des objectifs communs en prévoyant les financements correspondants<sup>50</sup>. Les contrats de plan sont à l'origine de plans successifs d'application comme par exemple les contrats d'agglomération et les contrats de ville. J.-M. Pontier parle à cet égard de « *processus d'engendrement contractuel permanent* »<sup>51</sup>. La procédure de négociation est souple. La loi de 1982 n'en a fixé que les très grandes lignes. D'une manière générale chaque partenaire définit ses propres objectifs au cours d'une procédure qui lui est propre. En ce qui concerne l'Etat, se sont en général des circulaires du premier ministres qui déterminent

---

<sup>47</sup> ZANETTI (L.) "Gli accordi di programma quadro in materia di beni e attività culturali", *Aedon*, 2000, n.4, 3 ; FOA (S.) "L'accordo di programma quadro tra il ministero per i Beni e le Attività culturali e la regione Piemonte", *art. cit.*

<sup>48</sup> Point 1 de la directive relative à l'Entente institutionnelle de programme, lettre b. Cette délibération a été publiée à la GURI, 8 mai 1997, n.105.

<sup>49</sup> Les contrats de plan étaient à l'origine prévus pour être des contrats d'application du plan national. Le plan national n'est plus adopté depuis une dizaine d'années. L'Etat a tenté de le remplacer par le *schéma national d'aménagement et de développement du territoire* puis par les *schémas de service collectifs*.

<sup>50</sup> La pratique a fait que les contrats de plan sont signés entre l'Etat et les régions mais la loi de 1982 ne désignait aucune priorité dans le choix des partenaires de l'Etat.

<sup>51</sup> PONTIER (J.-M.), "Les contrats de plan Etat-régions 2000-2006", *RA*, 2000, 58-65, 64.

comment vont être adoptées les objectifs appelés *stratégies de l'Etat en région*. Ces objectifs sont tout d'abord élaborés par les préfets de région puis centralisés à Paris au Commissariat général au Plan. Le Conseil économique et social donne son avis. Le gouvernement adopte ensuite un document sur les *stratégies de l'Etat en région*. Les contrats eux-mêmes sont signés lors de la réunion d'un Comité interministériel d'aménagement du territoire. On compte désormais quatre générations de contrat de plan, la dernière couvrant la période 2000-2006 et prévoyant un engagement financier de l'Etat à la hauteur de 18 milliards d'euros et un engagement financier des régions d'environ 17 milliards d'euros sur des objectifs communs.

Le contenu des contrats de plan est libre, à l'exception, théorique, des compétences régaliennes comme la justice ou les affaires étrangères. L'étude exhaustive de J.-M. Pontier sur le contenu des trois premières générations de contrats de plan a montré que tous contenaient un volet dédié à la culture et au patrimoine culturel, « *la politique culturelle décidée par les contrats de plan est d'abord celle de la protection et de la mise en valeur du patrimoine* »<sup>52</sup>. En outre, il semble bien que toutes les actions relatives au patrimoine soient couvertes. J.-M. Pontier a ainsi répertorié des volets de contrat consacrés à des programmes de restauration, d'autres à des programmes de protection du patrimoine ni classé ni inscrit, d'autres à des programmes de protection de patrimoines spécifiques, d'autres à des programmes d'inventaires, de mise en valeur, ...

#### b) La contractualisation des instruments généraux de programmation du point de vue réel

Les observateurs aussi bien italiens que français, ont attiré l'attention sur le déséquilibre de ces relations contractuelles. Lorsque l'Etat est placé face à l'ensemble des instances infra nationales, le rapport de force qui s'instaure entre les deux est certes en faveur de l'Etat mais ce déséquilibre n'est pas disproportionné. Lorsque l'Etat est placé face à chacune de ces instances et même face aux plus puissantes d'entre elles comme certaines régions, le rapport de force est non seulement en faveur de l'Etat mais il est également disproportionné. Or cette situation disproportionnée est celle dans laquelle les instances se trouvent lorsqu'elles négocient et concluent avec l'Etat les accords que nous étudions.

Mais par ailleurs les instances infra nationales participent de manière très importante au financement en faveur des biens culturels. En Italie, en 1999, les instances

---

<sup>52</sup> PONTIER (J.-M.), *Les contrats de plan entre l'Etat et les régions*, PUF, 1998, 59.

infra nationales sont à l'origine de plus de la moitié des 5170 millions d'euros que le secteur public dépense pour les biens culturels <sup>53</sup>. On ne dispose pas de chiffres aussi précis pour la France. On sait que les collectivités territoriales dépensent désormais autant sinon plus que l'Etat dans le domaine de la culture en général. Elles dépensent peut être moins dans le domaine du patrimoine mais quoi qu'il en soit leur apport n'a rien d'un apport d'appoint <sup>54</sup>. L'Etat a donc tendance à utiliser sa position de force pour orienter les financements que les instances infra nationales consacrent au patrimoine. Le phénomène est peut-être plus sensible en France où les contrats de plan, plus anciens que les ententes institutionnelles de programme italiennes font l'objet de critiques les présentant comme un instrument de recentralisation indirecte. Pour N. Poulet-Gibot Leclerc les contrats de plan sont plutôt des mécanismes qui associent les régions à un programme que l'Etat désire réaliser que de véritables engagements communs <sup>55</sup>. A ce titre ils ne seraient que des contrats d'adhésion. J.-M. Pontier a insisté sur les mesures prises par l'Etat pour encadrer le plus possible cet instrument <sup>56</sup>. Il a par ailleurs avancé l'argument selon lequel ce serait pour cette raison que le juge administratif est réticent à reconnaître la plénitude des conséquences attachées à la reconnaissance de leur nature de contrat administratif en vertu de la présomption dégagée par le Tribunal des conflits <sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> DELL'ORSO (S.), *Altro che musei. La questione dei beni culturali in Italia*, Laterza, 2002.

<sup>54</sup> TOLILA (P.), "Le financement public de la culture", *AJDA* n°spécial, 20 septembre 2000, 70-74, 74.

<sup>55</sup> POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, 551-565, 565.

<sup>56</sup> PONTIER (J.-M.), "Les contrats de plan Etat-régions 2000-2006", *art. cit.*, 65.

<sup>57</sup> La nature de contrat administratif a été confirmée par CE, Ass., 8 janvier 1998, *Ministre chargé du Plan et de l'Aménagement du territoire contre Communauté urbaine de Strasbourg*, 3, *RFDA*, 1988, 25 concl. S. DAEL. Les réticences évoquées sont dans CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie*, *RFDA*, 1997, 339 concl. J.-H. STAHL.

## **Section 2 La participation de l'Etat aux procédures l'adoption de normes communautaires d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels**

Les normes communautaires en matière d'exportation de biens culturels (règlement du Conseil n°3911/92) et de restitution de biens culturels ayant illicitement quitté le territoire d'un Etat membre (directive du Conseil n°7/93) échappent au champ constitutionnel de l'Etat. Cela signifie que l'Etat n'est pas maître des processus de répartition des compétences de ces matières. Il n'est pas non plus maître des règles relatives à la procédure d'adoption des normes qui y sont relatives. Le mot participation prend dès lors un sens très affaibli par rapport au sens utilisé dans la section précédente. Il passe de la capacité à influencer directement les normes des instances infra nationales à la simple possibilité d'exposer sa volonté au sein des institutions communautaires.

On étudiera d'une part la participation de l'Etat à la révision des normes existantes (§ 1) et d'autre part la participation de l'Etat à l'adoption de normes d'application du règlement (§ 2) et la participation de l'Etat à l'adoption de normes d'application de la directive (§ 3).

### ***§ 1 La participation de l'Etat aux procédures relatives à la révision des normes communautaires***

Il est indispensable de vérifier sur quels fondements conventionnels le règlement et la directive ont été adoptés par le Conseil, puisque la compétence relative à leur adoption implique à la compétence relative à leur révision (A.), avant d'aborder les mécanismes de mis en œuvre concrète des révisions (B.)

#### **A. Le fondement conventionnel des procédures relatives à la révision des normes communautaires**

Le règlement et la directive ont été adoptées sur des fondements différents. A la suite de l'assimilation communautaire des biens culturels aux marchandises, le règlement n.3911/92 du 9 décembre 1993 relatif à l'exportation des biens culturels, a été adopté sur le fondement de l'article 133 (ex 113) TCE et constitue ainsi une mesure de politique commerciale commune. La directive n°93/7 du 15 mars 1993 a été adoptée sur le



fondement de l'article 95 TCE (*ex* 100 A) et constitue ainsi une mesure de rapprochement des législations. Les mesures relatives à la politique commerciale commune et celles relatives à l'harmonisation des législations sont adoptées toutes les deux adoptées à la majorité qualifiée des membres du Conseil. Pour la politique commerciale commune cela résulte de l'article 133 paragraphe 4 TCE et pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur cela résulte de l'article 95 paragraphe 1 <sup>58</sup>.

L'étude des mécanismes complexes de pondération et la possibilité de minorités de blocage excèdent l'objet de ce travail. On notera seulement que le vote à la majorité qualifiée est le signe d'une communautarisation poussée de la matière. Il force les Etats à chercher des compromis et donc à revoir ou même à abandonner certaines de leurs prétentions. D'ailleurs, le vote par l'Italie du règlement et de la directive a représenté un très grand compromis pour cet Etat qui estimait que ses normes nationales étaient beaucoup plus à même de protéger ses biens culturels des exportations illicites que les normes communautaires.

Cette votation à la majorité qualifiée est d'autant plus remarquable que dans la compétence proprement culturelle de la Communauté, celle fondée sur l'article 151 TCE, les décisions sont adoptées à l'unanimité des voix du Conseil, chaque Etat disposant d'un droit de veto. Or cette compétence met moins en cause la souveraineté patrimoniale des Etats que la compétence relative à la politique commerciale commune ou celle relative à l'harmonisation des législations nationales (cf. ce qui a été dit au chapitre 3).

## **B. Les mécanismes de mise en œuvre concrète de révision des normes communautaires**

Les révisions portent sur les régimes prévus par ces normes (1). Elles portent également sur les montants des seuils financiers qui figurent dans leurs annexes (2).

### **1) La révision des régimes prévus par les normes communautaires**

Les normes communautaires fixent les règles en matière d'exportation (a) et les règles relatives à la restitution de biens culturels illicitement sortis du territoire d'un Etat membre (b).

---

<sup>58</sup> Dans le cas de la politique commerciale commune le Conseil décide seul. Dans le cas des mesures de rapprochement des législations nationales, le Parlement participe également à la décision.

a) La révision du régime relatif à l'exportation des biens culturels

Le règlement du Conseil n°3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels prévoit son propre mécanisme de révision. Selon l'article 10 alinéa 4 : *« Le Conseil réexamine l'efficacité du règlement après une période d'application de trois ans et, sur proposition de la Commission, il procède aux adaptations nécessaires »*. De manière plus détaillée, la Commission établit tous les trois ans un rapport concernant l'application du règlement n°3911/92. Elle l'adresse au Parlement européen, au Conseil et au Comité Economique et social. En fonction des informations dont elle dispose, elle peut proposer au Conseil de réviser le règlement. Le Conseil est libre de donner suite ou non à cette proposition.

Ce mécanisme de révision a déjà été utilisé pour modifier l'annexe du règlement. En 1996 le Conseil des communautés européennes a adopté un règlement qui a modifié certaines des catégories de biens culturels mentionnées à l'annexe (tableaux et peintures, aquarelles, gouaches et pastels faits entièrement à la main, mosaïques) <sup>59</sup>.

b) La révision du régime de restitution de biens culturels illicitement sortis du territoire d'un Etat membre

La directive prévoit son propre mécanisme de révision. Les procédures sont assez semblables à celles décrites pour la révision du règlement.

Tous les trois ans, les Etats membres adressent un rapport à la Commission. La Commission en fait la synthèse et adresse sur cette base un rapport au Parlement européen, au Conseil et au Comité Economique et social sur l'application de la directive (article 16).

Le Conseil réexamine l'efficacité de la directive à cette occasion et sur proposition de la Commission procède aux adaptations nécessaires (article 16 alinéa 3).

2) La révision des montants des annexes

Le Conseil, sur proposition de la Commission procède tous les trois ans à l'examen et, le cas échéant, à l'actualisation des montants visés à l'annexe du règlement, en fonction des indices économiques et monétaires dans la Communauté (article 10 alinéa 5 du règlement n°3911/92). Le mécanisme est le même pour la révision des montants visés à l'annexe de la directive (article 16 alinéa 4 de la directive n°93/7).

---

<sup>59</sup> Règlement du Conseil n.2469-96 du 16 décembre 1996, JOCE, n°L 335, 24 décembre 1996.

## **§ 2 La participation de l'Etat à l'adoption de normes d'application du règlement**

Cette participation est des plus faibles. Elle s'inscrit très classiquement dans le phénomène de la comitologie communautaire bien souvent décrite. Le Conseil a en effet prévu que les normes nécessaires à l'application du règlement sont adoptées par la Commission selon une procédure qui fait participer les Etats membres dont les représentants siègent dans un comité présidé par le représentant de la Commission : le *Comité consultatif des biens culturels*.

Le comité examine toute question relative à l'application du règlement n°3911/92 que son président peut soulever, soit de sa propre initiative soit à la demande du représentant d'un Etat membre (article 8 alinéa 1). La Commission soumet au comité les mesures d'application qu'elle envisage. Le comité émet son avis, si nécessaire en procédant à un vote, dans un délai que le président peut préalablement fixer. L'avis est inscrit au procès verbal de même que les positions d'Etat lorsqu'elles sont dissidentes et à leur demande. La portée de l'avis n'est pas conforme. La Commission n'a que l'obligation de « *tenir le plus grand compte de l'avis émit par le comité* » et d'informer le comité de la façon dont elle a tenu compte de cet avis (article 8 alinéa 2). Ce comité ne dispose en somme d'aucune compétence lui permettant de peser ou d'encadrer la politique d'application du règlement suivie par la Commission. Par voie de conséquence, la place réservée aux Etats membres est donc minime.

Le règlement n°3911/92 a fait l'objet de plusieurs normes d'application adoptées selon cette procédure. La plus importante d'entre elles est celle du règlement de la Commission n°752/93 du 30 mars 1993 portant dispositions d'application du règlement (CEE) n°3911/92 du Conseil concernant l'exportation des biens culturels <sup>60</sup>.

## **§ 3 La participation de l'Etat à l'adoption de normes d'application de la directive**

La mise en œuvre de la directive est déterminée par les Etats eux-mêmes qui doivent la transposer dans leur droit national. Le comité institué par le règlement joue donc un rôle très modeste. Il se borne à examiner toute question relative à l'application de la directive, sur l'initiative de son président ou sur l'initiative du représentant d'un Etat membre (article 18).

---

<sup>60</sup> Ce règlement a lui-même fait l'objet de profondes modifications introduites par le règlement n°1526-98 du 16 juillet 1998, *JOCE*, n°L 201, 17 juillet 1998.

## Conclusion du chapitre 6

Afin de s'adapter aux atteintes dont son exclusivité fait l'objet, l'Etat a "procéduralisé" l'adoption de certaines normes d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels qu'il attribuait à d'autres instances et, au sein de ces procédures d'adoption, il s'est taillé un rôle qu'on pourrait qualifier, très généralement, d'orientation. En d'autres termes, il a profité de sa compétence relative à l'existence de ces normes pour participer au contenu de ces mêmes normes. Cette attitude suppose toutefois que l'Etat soit encore compétent quant à l'existence des normes en question. Lorsqu'il ne l'est pas, comme c'est le cas vis-à-vis des normes communautaires, il ne dispose que de faculté de participer à l'élaboration du contenu de ces normes, le degré de sa participation ne dépendant plus de lui.

## Conclusion du titre III

L'Etat a réagi de deux manières à la perte de son exclusivité. Premièrement, il s'est crispé sur les compétences d'identification abstraite qui lui restaient. Deuxièmement, et en parallèle, il a transformé certaines compétences d'identification abstraite de l'intérêt public en matière de biens culturels. A défaut d'être directement toujours compétent, il a tenté de l'être indirectement. D'une manière ou d'une autre, avec plus ou moins de force, l'Etat dispose encore de la capacité de faire entendre son point de vue au sein de presque toutes les identifications abstraites y compris de celles vis-à-vis desquelles il n'est pourtant *stricto sensu* plus compétent.

## Conclusion de la première partie

On a vu que, jusque dans les années 1980, l'Etat bénéficiait d'une souveraineté normative dans le domaine de l'identification abstraite des biens culturels qui ne souffrait guère d'évidence. Ce domaine, pour des raisons historiques et idéologiques, pouvait être considéré comme un des moins susceptibles de prêter le flanc aux forces normatives centrifuges à l'œuvre.

Pourtant, des atteintes indéniables ont été portées à cette souveraineté. Ces atteintes, aussi évidentes en Italie qu'en France, avaient deux origines : une origine infra nationale et une origine supra nationale. Elles avaient deux formes : une forme normative, une forme para normative. Elles l'ont peut-être atteint plus tardivement et moins en profondeur qu'elle ne l'ont fait dans d'autres domaines mais on ne peut plus parler de souveraineté. On constate que la synthèse par laquelle A. Pizzorusso a conclut une étude qui portait, entre autres, sur la souveraineté normative de l'Etat en général peut être *mutatis mutandis* reprise en ce qui concerne la souveraineté normative en ce qui concerne la souveraineté normative de l'Etat dans le domaine particulier des biens culturels : « (...) *on peut certes continuer à parler de la souveraineté (des Etats), mais en étant conscient qu'il ne s'agit plus d'une souveraineté absolue et exclusive de toute autre (...) mais plutôt d'une souveraineté variablement sujette à des limitations qui, même lorsqu'elles sont déterminées de manière consensuelles par des traités, relèvent toujours plus souvent de processus technologiques aux conséquences desquelles nul n'a véritablement le pouvoir de ses soustraire* »<sup>61</sup>.

Toutefois, les réactions que l'Etat a pu développer nous incitent à penser que les pertes de souveraineté subie ont été l'occasion d'une transformation, certes relative mais indéniable, de la manière de dire le droit des biens culturels. Le risque d'atteintes plus profondes encore a fait surgir la nécessité de l'adaptation. Mais afin de porter une appréciation globale, il est nécessaire d'étudier l'évolution du rôle de l'Etat dans le domaine, celui de l'application du droit, celui de la détermination concrète de l'intérêt public en matière de biens culturels ou, si on préfère, l'autre niveau de la souveraineté juridique.

---

<sup>61</sup> PIZZORUSSO (A.), "Pluralismo delle fonti interne e formazione di un sistema di fonti sovranazionali", in *Storia d'Italia, Annali 14 Legge Diritto Giustizia a cura di L. VIOLANTE*, Einaudi, 1998, 1129-1154, 1154.









